دكتور
مصباح المتولي السيد حماد
أستاذ الفقه المقارن المساعد
بكلية الشريعة والقانون ـــ القاهرة

هبة الدين

بحث فقهي مقارن

الناشر
مكتبة أسامة الإسلامية
للطباعة والنشر والتوزيع
٢٣ ش الصناديقية بالأزهر

الطبعة الأولى
١٤١٧ هـ – ١٩٩٦ م

دار الطباعة المحمدية
٣ درب الأتراك بالأزهر / القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

حمدا لمن أنزل الفرقان على سيدنا محمد سيد ولد عدنان ، فارقا به بين الحق الموجب للرضوان ، والباطل الموجب للخسران ، ولم يزل يرشد إلى الحق المبين به وبما بلغه من واضح البراهين حتى ظهر دين الله على جميع الأديان ، ﷺ وعلى آله الطاهرين وأصحابه الباذلين نفوسهم فى تشييد قواعد الدين ومعالم الإيمان . أما بعد ،

فإن الهبة مشروعة فى الإسلام وهى آية الكرم وسبب لجلب الود والمحبة بين الأنام ، وهى أنواع منها هبة العين ، ومنها هبة المنافع ، ومنها هبة الدين ، والبحث الذى بين أيدينا هو بحث فقهى مقارن فى النوع الثالث أسميته « هبة الدين » فقد يقع الإنسان فى دين فيترفق به الدائن ويهبه له ، وقد يترفق الدائن بالغير فيهب ذلك الدين له ، ولهذا النوع من الهبة أحكامه التى تناولها الفقهاء بالبحث والدراسة ، فأردت إظهار هذه الأحكام فى هذا البحث .

الله أسأل أن يهدينى إلى الصواب ، ويجنبنى الزلل . آمين .

والبحث قائم على المقارنة بين المذاهب الفقهية المصحوبة بالدليل والمناقشة والترجيح كلما أمكن . وأيضا مصحوبة بعزو كل قول إلى مصدره الأصلى مع تخريج الآيات والأحاديث كلما وجدت .

والبحث فيه تمهيد ، وفصلان . ثم ثبت المراجع

أما التمهيد : فهو فى بيان ماهية الدين ، وهبته

وأما الفصل الأول : فهو فى هبة الدين لغير من عليه الدين ، وفيه مبحثان .

المبحث الأول : موقف الفقهاء من هبة الدين لغير من عليه الدين .

المبحث الثانى : شروط صحة هبة الدين لغير من عليه الدين .

وأما الفصل الثانى : فهو فى هبة الدين لمن عليه الدين ، وفيه أربعة مباحث .

المبحث الأول : فى ماهية الإسقاط ، والترك والتمليك ، والابراء ، وفيه أربعة مطالب .

المطلب الأول : ماهية الإسقاط . المطلب الثانى : ماهية الترك .

المطلب الثالث : ماهية التمليك والموازنة بينه وبين الإسقاط .

المطلب الرابع : ماهية الابراء .

المبحث الثانى : موقف الفقهاء من هبة الدين لمن عليه الدين .

المبحث الثالث : تكييف الابراء ، وأثر هذا التكييف على القبول والرد ، وفيه ثلاثة مطالب .

المطلب الأول : تكييف الابراء .

المطلب الثانى : موقف الفقهاء من القبول فى الابراء .

المطلب الثالث : أثر الخلاف فى القبول .

المبحث الرابع : أحكام وتطبيقات فى هبة الدين والابراء منه ، وفيه مسائل :

١ ــ حكم الرجوع عن هبة الدين .

٢ ــ مات مفلسا فتبرع إنسان بقضاء دينه .

٣ ــ هبة الدين لورثة المديون . ٤ ــ تمليك الدين بنية الزكاة .

المؤلف

تمهيد

فى بيان ماهية الدين وهبته

ماهية هبة الدين :

الهبة فى اللغة : تعم التفضل على الغير بالمال وغيره ، كما تعم تمليك الأعيان والمنافع[1] ،

وأما فى الأصطلاح الشرعى فانها قد استعملت فى معنيين :

أحدهما : خاص وهو « تمليك عين بلا عوض فى حال الحياة تطوعا » وهذا التعريف هو المراد عند الإطلاق وهو السائد فى كتب الفقه وهو لا يدخل فيه هبة الدين[2] . وقد أخرج صاحب مجمع الأنهر هبة الدين ممن عليه الدين من تعريف الهبة حين عرف الهبة بقوله « تمليك عين بلا ذكر عوض » ثم قال « خرجت عن هذا التعريف الإباحة والعارية والإجارة والبيع وهبة الدين ممن عليه الدين فإن عقد الهبة إسقاط وإن

---

(١) لسان العرب جـ ١ ص ٨٠٣ وما بعدها . مختار الصحاح ص ٣٠٧ ، المصباح المنير جـ ٢ ص ٦٧٣ مادة (وهب) ط. دار المعارف . التعريفات للجرجانى ص ١١٢ ط. بيروت ،

(٢) وقد استقصينا تعريف الهبة بهذا المعنى وفصلنا القول فيه مع مقارنة المذاهب فى كتابنا « الهبة . بحوث فقهية مقارنة » ط. أولى ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م السلام للطباعة والنشر حلمية الزيتون ومنه نسخة بمكتبة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة .

كان بلفظ الهبة »[١] من هـــذا يتضح أن هبة الدين ممن عليه الدين إسقاط لا تمليك .

أما المعنى الثانى للهبة فهو عام يشمل هبة الدين ممن هو عليه وتكون إبراء . جاء فى الفتح لابن حجر « الهبة بالمعنى الأعم تطلق على أنواع منها الابراء ، وهو هبة الدين ممن هو عليه »[٢] والإبراء كما سيأتى مختلف فيه بين الفقهاء هل هو تمليك أم إسقاط ؟

وهناك من الفقهاء من يعتبر ذلك هبة كهبة العين منهم زفر والكاسانى وغيرهما من الحنفية لأنه إذا وهب الدين لمن هو عليه فإنه يكون هبة لما فى ذمته وذمته فى قبضه فكان الدين فى قبضه بواسطة قبض الذمة[٣] فلا منافاة مع شرط القبض فى الهبة . هذا عن هبة الدين لمن هو عليه .

وقد تكون هبة الدين لغير من هو عليه وقد إختلف الفقهاء فى صحتها وسيأتى بيان ذلك .

وبناء على ما تقدم فإنه يمكن أن نضع تعريفا لهبة الدين فنقول : هبة الدين « هى تمليك الدين أو إسقاطه بلا عوض حال الحياة تطوعا » .

وسيأتى بيان معنى التمليك ، والإسقاط .

---

(١) مجمع الأنهر حـ ٢ ص ٣٥٣ : ولاحظ ص ٣٦٠ ط . دار إحياء التراث العربى .

(٢) نيل الأبطال حـ ٥ ص ٣٨٨ ، دار إحياء التراث العربى . بيروت : نقلا عن فتح البارى .

(٣) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١١٩ ، دار الكتاب العربى . بيروت .

ماهية الدين

أولا : فى اللغـــة . الدين عند العرب ما كان غائبا ، والعين ما كان حاضرا(١) .

فهو فى اللغة يطلق على شىء غير حاضر وجمعه ديون ، والفعل منه « دان » . يقال : دان الرجل يدين دينا ، استقـــرض وصار عليه دين وداينته أعطيته الدين ، ودنته استقرضت منه ، وأدان إذا صار له دين على الناس وأدان فلان الناس أعطاهم الدين وأقرضهم وأدان فلان إدانة إذا باع من القوم إلى أجل فصار له عليهم دين .

والمداينة مفاعلة لأن أحدهما يرضاه والآخر يلزمه(٢) .

وقوله تعالى « إذا تداينتم بدين »(٣) أى إذا تعاملتم بدين من سلم وغيره فثبت بالآية وبما تقدم أن الدين لغة : هو القرض وثمن المبيع . فالصداق والغصب ونحوه ليس بدين لغة بل شرعا على التشبيه لثبوته واستقراره فى الذمة(٤) .

والمدين والمديون من عليه الدين ، وقيل : المديون كثير الدين وهو لغة بنى تميم ، وأهل الحجاز لا يقولون مديونا وإنما يقولون مدينا(٥) .

---

(١) لسان العرب جـ ١٧ صـ ٢٥ ، ٢٦ ط . بيروت ١٣٧٥ هـ .
(٢) المرجع السابق . وانظر المصباح المنير جـ ١ صـ ٢٠٥ « دين » ط . دار المعارف .
(٣) البقرة /٢٨٢
(٤) المصباح المنير السابق .
(٥) لسان العرب السابق صـ ٢٤

قال الجرجاني : والدين الصحيح هو الذى لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء وبدل الكتابة دين غير صحيح لأنه يسقط بدونهما وهو عجز المكاتب عن أدائه (١).

ثانيا : فى الاصطلاح : اختلفت عبارات الفقهاء فى تعريف الدين فقد عرفه الكمال بن الهمام بقوله :

« الدين اسم لمال وجب فى الذمة يكون بدلا عن مال أتلفه أو قرض اقترضه أو بيع عقد بيعه ، أو منفعة عقد عليها من بضع إمرأة وهو المهر أو استئجار عين » (٢).

---

(١) التعريفات للجرجانى ط . بيروت . دار السرور .

(٢) فتح القدير جـ ٥ ص ٤٣١ ، ط مصطفى محمد ط. محمد محمود الحلبى ، ولاحظ حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ١٥٠ ط . المطبعة الأميرية ببولاق . ط . ثالثة .

وقريب من هذا التعريف ما عرفه به بعضهم بقوله وما يثبت من المال فى الذمة بسبب من الأسباب الموجبة للدين ـ غمز عيون البصائر للحموى على أشباه ابن نجيم جـ ٢ ص ٢٠٩ ، الطباعة العامرة . الاستانة ١٢٩٠ هـ المعاملات الشرعية لأحمد أبو الفتح جـ ١ ص ١١٥ ط ١٩٢٣ م .

والأسباب الموجبة للدين فى الذمة هى :

(أ) العقود والقرض والبيع والإجارة والكفالة والصلح . والديون التى تثبت بها هى بدل القرض والثمن ، والأجر وغير ذلك .

(ب) الفعل الضار كما فى دين التعويض فالأفعال كالغصب واستهلاك أموال الغير بالتعدى يثبت بها أمثالها إن كانت من المثليات ، أو قيمتها إن كانت من القيميات فى ذمة الغاصب والمستهلك .

حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٥٣٠ ط. الأميرية بولاق ط ثالثة . =

وقد ذكر الكمال تعريف أبي حنيفة الدين وهو تعريف له بالفعل وذلك في معرض ثبوت الدين في ذمة الكفيل كثبوته في ذمة الأصيل فقال «إذ فعل الأداء واجب عليه»[١] ، أي أن الدين هو فعل الأداء من الكفيل مثل الأصيل . ونقل الكمال أيضاً عن الإمام بأن الدين فعل حقيقة ولذلك يوصف بالوجوب»[٢] .

وعرفه ابن نجيم في أشباهه بأنه «مال حكمي يحدث في الذمة ببيع أو استهلاك أو غيرهما»[٣] .

وتعريف الكمال الدين بأنه مال يدخل فيه أسباب الدين المالية[٤] سواء كانت بعقد كثمن المبيع في عقد البيع ، أو بدون عقد مثل بدل المتلف ، وسواء أكان المال المطلوب بمقابل كما في البيع فالثمن يقابله المبيع ، أو كان بدون مقابل مثل الزكاة ، ويخرج بكونه مالا ما يثبت في الذمة وليس مالا كوجوب الصلاة الفائتة في الذمة .

وتعريف الكمال يفيد بأن الدين مال حقيقة بينما تعريف ابن نجيم

= بدائع الصنائع حـ ٥ ص ٢٦٤ ، ٢٦٥ ط بيروت .

(جـ) النصوص . مثل النصوص الشرعية التي توجب الزكاة على المكلفين بها وكذلك النصوص الدالة على نفقة الأقارب فإنها تكون دينا في ذمة من وجبت عليهم بسبب هذه النصوص من غير عقد أو فعل .
المعاملات الشرعية لأحمد أبو الفتح جـ ص ١١٥

(١) فتح القدير حـ ٥ ص ٣٩٠

(٢) فتح القدير حـ ٥ ص ٤١٩

(٣) الأشباه والنظائر ص ١٩٤ ، ط ١٢٩٨ هـ وطبعة ١٣٨٧ هـ .

(٤) راجع الهامش السابق .

يفيد أنه مال حكمى وهو الذى يلائم مذهب الحنفية إذ هو السائد عندهم . ومعنى حكمى أى له حكم المال .

أما تعريف الإمام له بأنه « فعل الأداء » فهو تعريف له بما يستلزمه الدين من وجوب أدائه من المدين .

وعرفه المالكية بقولهم « كل معاملة كان أحد العوضين نقدا والآخر فى الذمة نسيئة يقول القرطبي فى آية المداينة « وحقيقة الدين عبارة عن كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقداً والآخر فى الذمة نسيئة ، فان العين عند العرب ما كان حاضراً والدين ما كان غائبا »[1] .

ويلاحظ من تعريف الفقهاء للدين أن الذمة عنصر من عناصره . فالدين مال ثابت فى الذمة .

والذمة فى اللغة : العهد . والعهد لا يكون إلا للإنسان فكذلك الذمة لا تكون إلا للإنسان .

يقول الفيومى : وتفسر الذمة بالعهد وبالأمان وبالضمان أيضا ، وقوله « يسعى بذمتهم أدناهم » فسر بالأمان ، وسمي المعاهد « ذميا » نسبة إلى الذمة بمعنى العهد ، وقولهم فى « ذمتى » كذا أى فى ضمانى والجمع «ذمم» مثل سدرة وسدر[2] .

أما فى الاصطلاح الشرعى فقد اختلفت تعاريفات الفقهاء للذمة .

---

(١) تفسير القرطبي ج ٣ ص ٢٤٣ ط . دار الكتب العلمية . بيروت ١٤١٣ هـ — ١٩٩٣ م .

(٢) المصباح المنير ج ١ ص ٢١٠ (ذممته) ط . دار المعارف .

فقد عرفها الحنفية بأنها « وصف يصير به الإنسان أهلا لما له وما عليه »[١] .

وعرفها المالكية بقولهم « هي أهلية التعامل » فإذا قيل عن شخص : له ذمة ، معناه أنه أهل للتعامل[٢] .

والذمة أمر فرضي اعتباري فرض موجوداً ليكون محلا للديون وسائر الإلتزامات والتكليفات ، وبعبارة عامة أن الذمة يقدر وجودها ليكون الإنسان صالحا للإلتزام والإلزام ، وفرض أمر تقديري على هذا الوجه ليس بغريب في قضايا الشرع وكثير من الأمور الشرعية تقديرية فرض الشارع وجودها[٣] .

وقد أنكر البعض الحاجة إلى فرض الذمة وقال أن تقديرها من الترهات لا حاجة للشرع والعقل إليها بل يكفي أن الشارع مكن للدائن الاستيفاء من المدين[٤] ويكفي للرد على من قال بذلك ما جاء في كشف

(١) الدكتور/ محمود شوكت العدوى في نظرية العقد ص ٤٦ نقلا عن الأزميرى على المرآة ج ٢ ص ٤٣٤ ، وانظر هذا التعريف في الحق والذمة للشيخ على الخفيف وتأثير الموت فيهما ص ٨٥ ، ٨٦ ط ١٣٦٤ هـ — ١٩٤٥ م كشف الأسرار على أصول البزدوى ج ٢ ص ٢٣٨ ، التقرير والتحبير ج ٢ ص ١٦٤ ط بولاق ١٣١٦ هـ .

(٢) الفروق للقرافى ج ٣ ص ٢٢٧ . ط دار إحياء الكتب المصرية ١٣٤٦ هـ .

(٣) أصول الفقه للإمام أبى زهرة ص ٣٣٠ ، مطبعة مخيمر ١٩٥٧ م . ولاحظ نظرية العقد ص ٤٦ ، ٤٧ للدكتور / محمود شوكت العدوى على الآلة الكاتبة .

(٤) ذكر ذلك في المرجعين السابقين .

الأسرار من قول البخارى « بأن هؤلاء لم يشموا رائحة الفقه »[١] .

وإذا كانت الذمة ثابتة للإنسان فهل تثبت للشخصية المعنوية مثل المؤسسات والمعاهد العلمية ونحو ذلك .

رأيان فى الفقه الإسلامى ، والراجح فى نظرنا ثبوتها[٢] .

---

(١) كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ ٤ ص ١٣٥٨ ط . بيروت وأدلة كل فريق مبسوطة فى كتب أصول الفقه . وهو خلاف لا ثمرة له ومن ثم فلا داعى لذكره .

(٢) أنظر العقود الدرية فى تنقيح الحامدية جـ ٢ ص ٢٠٢ وهو لابن عابدين الحنفى ط . المنيرية ١٣٠٠ هـ .

البحر الرائق لابن نجيم جـ ٥ ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، المطبعة العلمية ط أولى . نظرية العقد ص ٤٨ للدكتور / محمود شوكت العدوى .

الفصل الأول

هبة الدين لغير من عليه الدين

وفيه مبحثان ، المبحث الأول : موقف الفقهاء من هبة الدين لغير من عليه الدين .

المبحث الثاني : شروط صحة هبة الدين لغير من عليه الدين .

المبحث الأول

موقف الفقهاء من هبة الدين لغير من عليه الدين

إذا وهب الدائن دينه لغير من هو عليه فإن للفقهـــاء في صحة ذلك قولين :

القول الأول : تصح هبة الدين لغير من هو عليه ، وبه قال جمهور الحنفية استحسانا إن أذن له في القبض[1] ويصحته قال المالكية[2] وقال به الشافعية في مقابل الأصح ونقل عن نص الإم وصححه جمع تبعا للنص

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١١٩ ، ١٢٤ ، ١٢٥ ، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٧ ، الدر المختار وتكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٩٥ وما يليها .

(٢) القوانين الفقهية ص ٣٦١ ، الشرح الصغير وبلغة السالك جـ ٢ ص ٣٩٠ ، الدسوقي والشرح الكبير جـ ٤ ص ٩٩ ، شرح الخرشي جـ ٧ ص ١٠٣ ، ١٠٤ .

كما فى بيعه على ما صححه فى الروضة، قيل : بل أولى من البيع(١) وهو احتمال فى مذهب الحنابلة يقول ابن قدامة «فأما هبة الدين لغير من هو فى ذمته... ويحتمل أن تصح»(٢) وقال المرداوى: «ويحتمل الصحة كالأعيان واختاره فى الفائق وقال الحارثى : وهو أصح وهو المنصوص فى رواية حرب إن اتصل القبض به»(٣) وهو قول للاباضية قال به من لا يشترط القبول والقبض فى الهبة، ومن اشترط القبول فقط، وذكر أبو زكريا، فى كتاب الأحكام ما يدل على أنه يصح هبة ما فى الذمة(٤).

القول الثانى : هبة الدين لغير من هو عليه باطلة، وبه قال الشافعية فى الأصح وعبارة الروضة لم يصح على المذهب ويكون ابراء(٥) وبالبطلان قال الظاهرية «فلو قال لآخر: قد وهبت لك مالى عند فلان، أو قال : أعطيتك مالى عند فلان فلا يلزم شىء من ذلك»(٦) وقال به الحنابلة فى الصحيح من المذهب ولم يذكر البهوتى غيره(٧) ، ، ، ، ، ، ، ، ، ، ،

---

(١) مغنى المحتاج حـ ٢ ص ٤٠٠، تحفة المحتاج حـ ٦ ص ٣٠٤، ٣٠٥ روضة الطالبين حـ ٥ ص ٣٧٤ حاشية الجمل حـ ٣ ص ٥٩٧، نهاية المحتاج والشبراملسى حـ ٥ ص ٤١٣، ٤١٤، تكملة المجموع حـ ١٥ ص ٣٧٦.

(٢) المغنى حـ ٥ ص ٦٥٩.

(٣) الانصاف حـ ٧ ص ١٢٩.

(٤) شرح النيل حـ ١٢ ص ١١، الإيضاح حـ ٨ ص ٩٦، المصنف حـ ٢٧ ص ٢١٤، ٢١٥.

(٥) انظر مراجع الشافعية فى القول الأول.

(٦) المحلى حـ ٩ ص ١١٧ مسألة ١٦٢٦.

(٧) كشاف القناع حـ ٤ ص ٣٠٤، الانصاف حـ ٧ ص ١٢٧، ١٢٩، المغنى حـ ٥ ص ٦٥٩.

وهو قول زفر(١) وقال به من الأباضية مشترط القبول والقبض فى الهبة لعدم القبض هنا(٢).

الأدلة :

دليل القول الأول: استدل من قال بالصحة بالآتى :

١ - استدل الشافعية بنص الأم فالتصحيح تبعا للنص قياسا على بيع الدين بل الهبة أولى(٣) وفى الروضة قياسا على أحد الوجهين فى رهن الدين(٤).

واعترض من قال بالبطلان من الشافعية : بأن هبة ما فى الذمة خلاف بيعه فهبته لا تصح وأما بيعه فانه يصح ولهذا لم يختلف ترجيح الشيخين فى بطلان هبة الدين لغير من هو عليه ، واختلف فى ترجيح البيع له(٥)، ويقول الجمل:

ويفرق بين صحة بيعه وعدم صحة هبته بأن بيع ما فى الذمة التزام لتحصيل المبيع فى مقابلة الثمن الذى استحقه والالتزام فيها صحيح بخلاف

---

(١) بدائع الصنائع حـ ٦ ص ١١٩ ، ١٢٤ ، المبسوط حـ ١٢ ص ٧٠ ، تكملة ابن عابدين حـ ٢ ص ٢٩٥ وما يليها.

(٢) أنظر مراجع الإباضية فى القول الأول ، والمصنف حـ ٢٧ ص ١٦٧ .

(٣) مغنى المحتاج حـ ٢ ص ٤٠٠ ، تحفة المحتاج حـ ٦ ص ٣٠٤ ، ٣٠٥ روضة الطالبين حـ ٥ ص ٣٧٤ حاشية الجمل وشرح المنهج حـ ٣ ص ٥٩٧ ، نهاية المحتاج والشبراملسى حـ ٥ ص ٤١٣ ، ٤١٤ .

(٤) روضة الطالبين السابق .

(٥) مغنى المحتاج حـ ٢ ص ٤٠٠

هبته فانها لا تتضمن الالتزام إذ لا مقابل فيها فكانت بالوعد أشبه فلم تصح(١)

٢ — واحتج الحنابلة فقالوا : يحتمل أن تصح لأنه لا غرر فيها على المتهب ولا الواهب فصح كهبة الأعيان(٢).

٣ — واستدل جمهور الحنفية بالاستحسان فقالوا : هبة الدين لغير من عليه الدين لجائز أيضاً إذا أذن له بالقبض وقبضه استحسانا والقياس أن لا يجوز وإن أذن له بالقبض وهو قول زفر .

وجه الاستحسان : أن ما في الذمة مقدور التسليم والقبض الا ترى أن المديون يجبر على تسليمه إلا أن قبضه بقبض العين فإذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما في الذمة إلا أنه لابد من الأذن بالقبض صريحا ولا يكتفى فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة العين(٣) ولأنه أنابه في القبض مناب نفسه فيجعل قبض الموهوب له كقبض الواهب(٤) .

دليل القول الثاني : إستدل من قال بالبطلان بالآتي :

١ — استدل زفر بالقياس ووجهه : أن القبض شرط جواز الهبة وما في الذمة لا يحتمل القبض بخلاف ما إذا وهب لمن عليه لأن العين في

---

(١) حاشيه الجمل جـ ٣ ص ٥٩٧ ، وأنظر نهاية المحتاج والشبراملسى جـ ٥ ص ٤١٣ ، ٤١٤ .

(٢) المغنى جـ ٥ ص ٦٥٩ ، الالانصاف جـ ٧ ص ١٢٩

(٣) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١١٩ ، ١٢٤ ، الدر المختار وتكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٩٥ ما يليها ، المبسوط جـ ١٢ ص ٧٠

(٤) المراجع السابقة والفقه الإسلامى وأدلته جـ ٥ ص ٢٣ ، د/ وهبة الزحيلى .

(م ٢ - هبة الدين)

ذمته وذمته فى قبضه فكان الدين فى قبضه بواسطة قبض الذمة(١) وبنحوه قال الإباضية قالوا : ولا تجوز هبة الدين لأن مافى الذمة معدوم غير موجود ولا يصح فيه القبض(٢) .

٢ — واستدل ابن حزم بنفس الأدلة التى استدل بها على بطلان هبة المعدوم وقال : لأنه لا يدرى ذلك الحق الذى له عند فلان فى أى جوانب الدنيا هو ولعله فى ملك غيره الآن(٣) .

٣ — واستدل الشافعية والحنابلة لهذا القول عندهم بأن الدين غير مقدور على تسليمه لكونه فى الذمة . قال المغنى : ولنا أنه غير قادر على تسليمه فلم يصح كبيع الآبق(٤) وقال الشافعية : أنه غير مقدور على تسليمه لأن ما يقبض من المدين عين لا دين ، والقبض فى الهبة إنما يكون فيما ورد العقد عليه ، وذلك بخلاف بيعه فإنه يصح ولهذا لم يختلف ترجيح الشيخين فى بطلان هبة الدين لغير من هو عليه وهو المعتمد ، واختلف فى ترجيح البيع له . وعلى هذا يستثنى من طرد القاعدة(٥) لأنه يجوز بيعه ولا تجوز هبته .

---

(١) بدائع الصنائع حـ٦ ص ١١٩ . المبسوط حـ١٢ ص ٧٠ ، الدر المختار وتكملة ابن عابدين حـ٢ ص٢٩٥ ومايليها .

(٢) المصنف حـ٢٧ ص ١٦٧ . الايضاح حـ٨ ص ٩٦ . شرح النيل حـ١٢ ص ١١ ، ١٢

(٣) المحلى حـ٩ ص ١١٧ مسألة ١٦٢٦

(٤) المغنى حـ٥ ص ٦٥٩ . وانظر كشاف القناع حـ٤ ص ٣٠٤ . الانصاف حـ٧ ص ١٢٧ ، ١٢٩

(٥) فعندهم قاعدة تقول « ما يجوز بيعه تجوز هبته » .

قال الجمل والرملي : ويفرق بين صحة بيعه وعدم صحة هبته بأن بيع ما في الذمة التزام لتحصيل المبيع في مقابلة الثمن الذي استحقه والالتزام فيها صحيح بخلاف هبته فإنها لا تتضمن الالتزام إذ لا مقابل فيها فكانت بالوعد أشبه فلم تصح[١]

---

(١) حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٧ ، نهاية المحتاج والشبراملسي جـ ٣ ص ٤٩٣ ، ٤٩٤ ، وانظر مغني المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٠ ، تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٣٠٤ ، ٣٠٥ ، تكملة المجموع جـ ٩ ص ٢٧٦

المبحث الثاني

شروط صحة هبة الدين لغير من عليه الدين

مذهب الحنفية فى قبض الدين إن وهب لغير من هو عليه .

رأينا أن جمهور الحنفية قال بجواز هبة الدين لغير من عليه الدين . وقد اشترطوا لصحة ذلك الأذن بالقبض صريحا ولا يكتفى فيه بالقبض دلالة كالقبض بحضرة الواهب ، وهذا بخلاف هبة العين .

فإذا وهب الدين لغير من عليه الدين وسلطة على القبض بالأذن فإنه يصح استحسانا كما تقدم لأنه أمكن تصحيحة للحال لكون الموهوب موجوداً مملوكا للحال مقدور القبض بطريقه .

فإن قبضه بحضرته ولم ينهه عن ذلك لا يجوز قياسا واستحسانا فرق بين العين والدين ووجه الفرق أن الجواز فى هبة العين عند عدم التصريح بالأذن لكون الايجاب فيها دلالة الأذن بالقبض لكون دلالة قصده تمليك ماهو ملكه من الموهوب له وايجاب الهبة فى الدين لغير من عليه الدين لا تصح دلالة الأذن بقبضه لأن دلالته بوسطة دلالة قصد التمليك وتمليك الدين من غير من عليه الدين لايتحقق إلا بالتصريح بالأذن بالقبض ، لأنه إذا أذن له بالقبض صريحا قام قبضه مقام قبض الواهب فيصير بقبض الدين قابضا للواهب أولا ثم يصير الموهوب له متملكا له أولا ثم يصير قابضا لنفسه من الواهب فيصير الواهب على هذا التقدير

الذى ذكر واصبح ملك نفسه والموهوب له قابضا له بالواهب نصحت الهبة والقبض .

وإذا لم يصرح بالإذن بالقبض بقي المقبوض من المال العين على ملك من عليه فلم تصح الهبة فيه فلا يجوز قبض الموهوب له فهو الفرق بين العين والدين[١] فهذه كيفية قبض الدين الموهوب لغير من عليه الدين عند الحنفية ، وهل الإذن يتوقف عـلى المجلس ؟ قال ابن عابدين : الظاهر نعم[٢] .

هذا وقد يفهم من تعريف الحنفية للهبة أن تمليك الدين لغير من هو عليه خارج عن هذا التعريف ومن ثم لا يكون هبة فهم قد عرفوها بأنها « تمليك عين بلا ذكر عوض » مع أنهم قالوا : أن ذلك هبة كما تقدم وقال صاحب الدر « وأما تمليك الدين من غير من عليه الدين فإن أمره بقبضه صحت لرجوعها إلى هبة العين »[٣] .

قال ابن عابدين أن هذا جواب عن سؤال مقدر ، وهو لأن تقييده بالعين مخرج لتمليك الدين من غير من عليه مع أنه هبة إذا أمره بقبضه فيخرج عن التعريف فأجاب بأنه يكون عينا مآلا . فالمراد بالعين فى التعريف ما كان عينا حالا أو مآلا ، وهو خارج عن القياس إذ الهبة لا تصح إلا فى الملك والعين غير مملوكة له وقت الهبة وهو نظير الحمل ولا يصح هبته مع أنه سيصير عينا مملوكة . وقد يفرق بأن تمام الحمل غير

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١١٩ ، ١٢٤ ، ١٢٥ ، المبسوط جـ ١٢ ص ٧٠ تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٩٥ وما يليها .

(٢) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٩٥ .

(٣) الدر المختار جـ ٢ ص ٢٩٥ .

مستحق إذ هو متوقف على إتمام الله تعالى له وفضله عن أمره والعبد لا يقدر عليه ، والدين ثابت فى ذمة المديون مأمور بدفعه لربه وصاحبه قادر على قبضه شرعا فيقدر على تسليمه قال بعض الفضلاء : ولهذا لا يلزم إلا إذا قبض وله الرجوع قبله فله منعه حيث كان بحكم النيابة عن القبض[1] ونصوص الحنفية ومسائلهم كثيرة على اشتراط الإذن بالقبض . قال فى البحر عن المحيط : ولو وهب ديناً له على رجل وأمره أن يقبضه فقبضه جازت الهبة استحساناً فيصير قابضاً للواهب بحكم النيابة ثم يصير قابضاً لنفسه بحكم الهبة وإن لم يأذن بالقبض لم يجز .

وفى أبى السعود عن الحموى : مقتضى كونه قابضاً للواهب بحكم النيابة أنه يكون وكيلا قابضاً للموكل ومن ثم له عزله عن التسليط قبل قبضه[2] .

---

(١) تكملة ابن عابدين حـ ٢ ص ٢٩٥ ، ٣٤٧ ، ٣٤٨ .

(٢) المرجع السابق . قال ابن عابدين : وهل منه ما تعورف فى زماننا من بيع أوراق الجامكية وكذا أوراق الكمبيالى والقصليد إلى غريمه أو إلى غيره أو ان عليه أموال أميرية أو لغيره فإنه غير مديون لمين ولعدم تعينه لقضاء الجامكية . قال المصنف فى فتاواه : سئل عن بيع الجامكية وهو أن يكون لرجل جامكية فى بيت المال ويحتاج إلى دراهم معجلة قبل أن تخرج الجامكية فيقول له رجل : بعنى جامكيتك التى قدرها كذا أنقص من حقه فى الجامكية فيقول له : بعتك . فهل البيع المذكور صحيح أم لا ؟ لكونه بيع الدين بنقد . أجاب إذ باع الدين من غير من هو عليه كما ذكر لا يصح . قال مولانا فى فوائده : وبيع الدين لا يجوز ولو باعه من المديون أو وهبه جاز . تكملة ابن عابدين حـ ٢ ص ٢٩٥ .

ويرى المالكية صحة التصيير فى الوظائف وهو أن يجعل الإنسان ماله معلوم من وظيفة أو جامكية فيصيره لغيره إن كان ذلك التصيير من =

وفى الحاوى القدسى : فإن قال الدين الذى لى على زيد هو لعمرو ولم يسلطه على القبض ولكن قال : وأسمى فى كتاب الدين عارية صح ولو لم يقل هذا لا يصح[١] وعبارة الدر : إذا أقر الدائن أن الدين لفلان وأن اسمه فى كتاب الدين عارية حيث صح إقراره لكونه إخبارا لا تمليكا فللمقر له قبضه كما فى البزازية وكذا لو قال : الدين لى على فلان لفلان كما فى البزازية[٢] .

وفى تجنيس الناصرى : سئل الفقيه عن امرأة وهبت مهرها الذى لها على الزوج لابن صغير له وقبل الأب . قال : أنا فى هذه المسألة واقف فيحتمل الجواز كمن كان له عبد عند رجل وديعة فأبق العبد فوهبه مولاه من المودع فإنه يجوز . وسئل مرة أخرى عن هذه المسألة فقال : لا يجوز. وقال الفقيه أبو الليث : وبه نأخذ وفى العتابية هو المختار[٣] : وعلى الجواز لابد من الإذن فى القبض ففى البزازية : المرأة وهبت مهرها الذى على زوجها لها لابنها الصغير من هذا الزوج إن أمرت بالقبض صح وإلا لا . لأنه هبة الدين من غير من عليه الدين ذكره الحموى[٤] ومثله فى الخانية : وهبت المهر لابنها الصغير الذى من هذا الزوج الصحيح أنه لا تصح الهبة إلا إذا سلطت ولدها على القبض فيجوز ويصير ملكا للولد

= غير مقابلة شىء بل هبة . أما إذا كان فى مقابلة شىء يؤخذ فى مقابلة التصيير فالمنع لأنه بيع نقد بنقد نسيئة . الدسوقى على الشرح الكبير حـ ٤ ص ٩٩ .

(١) تكملة ابن عابدين حـ ص ٢٩٦ .

(٢) الدر المختار حـ ٢ ص ٣٤٨ .

(٣) تكملة ابن عابدين حـ ٢ ص ٣٢١ .

(٤) المرجع السابق ص ٢٩٦ .

إذا قبض[1] قال ابن عابدين معلقا على شرط الإذن بالقبض : أما إذا وهب الدين فإنه لم يجز مالم يأذن فى قبضه ، وقبضه فى المجلس بحضرته لا يجدى نفعا كما فى الشروح[2] .

فى الخانية : لو كان مديونا للصغير فدفع ماعليه له قبل ذلك لا يصح حيث أن الصغير لاقبض له مادام لا يعقل ولو وهب له الصغير فالهبة صحيحة ويسقط الدين[3] .

ولو وهب الدين لطفل المديون لم يجز لإنه غير مقبوض لأن هبة الدين من غير من عليه الدين لاتجوز إلا أن يسلطه على قبضه والصغير لاقبض له إلا بقبض وليه وهو من عليه الدين فلا يوجد القبض ، هذا قول . والمعتمد الصحة . ويفهم من هذا جواز عكسه وهو هبة الأب دينا على طفله لأنه مقبوض للأب إذا كان للطفل مال فى يده[4] .

وفى الدر : تمليك الدين ممن ليس عليه الدين باطل إلا فى ثلاث .

حوالة . ووصية . وإذا سلط المملك غير المديون على قبض الدين فيصح حينئذ[5] .

فيستثنى من بطلان تمليك الدين لمن ليس عليه الدين الآتى :

---

(١) الدر المختار وتكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٤٨ ، والذى يقبض له وليه .

(٢) المرجع السابق ص ٣٠٥ .

(٣) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣١٧ .

(٤) المرجع السابق ١ ص ٣٤٨ .

(٥) الدر المختار جـ ٢ ص ٣٤٧ .

١ — الحوالة ، وذلك إذا كان المحال عليه مديون المحيل وقد أحال شخصاً عليه فإن الدين ينتقل من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه . والتعبير بالانتقال يفيد أن المحال لم يملك مابذمة المحال عليه من الدين وإنما هو لما رضى بالحوالة فقد التزم الدفع له بأمر المحيل فإذا دفع عنه بأمره وقعت المقاصة بينهما . وأيضاً المحال مسلط على قبضه من المحال عليه .

٢ — الوصية . بأن أوصى بالدين الذى له على زيد لعمرو فإنه يصح لأن الموصى له خليفة عن الميت ، وكذا إذا أوصى بثلث ماله مثلا وفى التركة ديون فإن الموصى له يملك من الديون بقدر وصيته أي يملك المطالبة وإنما يصير ملكا حقيقة إذا صار عينا . ويقال فى الوصية ليس فيها تمليك وإنما هو تسليط أيضاً فرجع الأمر إلى التسليط فى الكل .

٣ — تسليط المملك غير المديون على قبض الدين وقبضه فيصح لأنه يصير حينئذ وكيلا عن الدائن فى القبض من المديون ثم يقبض لنفسه . ومقتضاه صحة عزله عن التسليط كما فى الأشباه .

قال فى جامع الفصولين : هبة الدين من ليس عليه لم تجز إلا إذا وهبه وأذن له بقبضه فقبضه جاز فيصير كأنه وهبه حين قبضه ولا يصح إلا بقبضه .

قال ابن عابدين : وحينئذ يصير وكيلا فى القبض عن الآمر ثم أصيلا فى القبض لنفسه ومقتضاه صحة عزله عن التسليط قبل القبض(١) .

لكن إن كان الدين دراهم مثلا فقبض بدلها دنانير هل يصح ؟ .

الجواب نعم لأنه صار الحق للموهوب له فملك الاستبدال .

---

(١) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٤٧ ، ٣٤٨ .

ما في الواقعات الحسامية : لو قال واهبت منك الدراهم التي لي على فلان فاقبضها منه فقبض مكانها دنانير جاز لأنه صار الحق للموهوب له فملك الاستبدال[1] .

٤ — ومن المستثنى كما قال الحموي : مالو قال الأجنبي للدائن هب دينه لي أو حالله لي ، أو قال : إجعل ذلك لي فقال : قد فعلت ، يبرأ استحساناً ولو وهب له ابتداء لا يبرأ[2] .

٥ — ومن المستثنى مالو وهبت من أبنها ما على أبيه وأمرته بالقبض صحت الهبة وإلا لم تصح لأنها هبة الدين من غير من عليه الدين .

فالمعتمد في هذة المستثنيات الصحة للتسليط أي للتسليط على القبض .

والمقصود بالتسليط كما قيل هو التسليط الصريح لا حكما وعادة كما فهمه السائحاني وغيره .

قال في الحاوي القدسي : إن سلطه على قبضه وهو الصواب لكن ينظر فيما إذا كان الإبن لا يعقل[3] .

---

(١) المرجع السابق ص ٣٤٨ ، قال في الدر بعد أن ذكر هذا الأصل وهو « تمليك الدين ممن ليس عليه الدين باطل إلا في ثلاث ... » ، ويتفرع على هذا الأصل أنه لو قضى دين غيره على أن يكون له لم يجز ولو كان وكيلا بالبيع كما في الفصولين . الدر المختار ج ٢ ص ٣٤٨ .

(٢) تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٧ .

(٣) قال ذلك تعليقاً على ما في الخانية: وهبت المهر لابنها الصغير الذي من هذا الزوج ، الصحيح أنه لا تصح الهبة إلا إذا سلطت ولدها على القبض فيجوز ويصير ملكا للولد إذا قبض ، تكملة ابن عابدين ومعها الدر المختار ج ٢ ص ٣٤٨

فإن القبض يكون لأبيه فهل يشترط أن يفرز الأب قدر المهر ويقبضه لابنه أو يكفي قبوله كما في هبة الدين من عليه؟ ثم قال: يراجع ولم يذكر جواباً[١].

شروط صحة هبة الدين لغير من عليه عند المالكية :

سبق أن المالكية يقولون بجواز هبة الدين مطلقاً أي سواء كانت لمن عليه الدين أو لغيره، فإن كانت لغير من عليه الدين فإنهم يشترطون لصحتها شروط ثلاثة . الأشهاد، الجمع، دفع ذكر الحق.

١ — الإشهاد : وهو أن يشهد الواهب على الهبة كاشتراط الأشهاد على الرهن، واشتراط الأشهاد على الهبة إنما هو إذا حصل مانع كموت الواهب وإلا فلا يشترط الإشهاد كما قاله الدسوقي، والأشهاد شرط صحة عند توافر سببه باتفاق.

ويرى المالكية أنه إذا وهبه الدين وقام بذلك شاهد واحد حلف الموهوب له لا الواهب لأن الشخص لا يحلف ليستحق غيره، وإن دفع المدين الدين للواهب بعد العلم بالهبة ضمن.

٢ — الجمع : والمراد الجمع بين الموهوب له ومن عليه الدين، وهل هو شرط صحة أم شرط كمال ؟ قيل شرط كمال باتفاق، وقيل فيه قولان، أنه شرط صحة كما في البناني وذكره الدسوقي والصاوي. القول الثاني أنه شرط كمال وهو المعتمد صرح بذلك الصاوي.

٣ — دفع ذكر الحق، والمراد أن يدفع الواهب للموهوب له وثيقة الدين، وهل هو شرط صحة أم شرط كمال؟ قولان في المذهب.

(١) المرجع السابق.

القول الأول : أنه شرط صحة وهو لابن عبد الحق .

القول الثاني : أنه شرط كمال وهـو قول الوثائق المجموعة كما في الدسوقي .

والمعتمد أنه شرط صحة كما في بلغة السالك للصاوي .

وإنما شرط في هبة الدين لغير من هو عليه هذه الشروط ليكون كالحوز حيث قرر المالكية أن القبض في مسألتنا كقبض دين الرهن أي بالإشهاد، والجمع ، ودفع ذكر الحق .

وصورة رهن الدين أن يشتري سلعة من زيد بعشرة إلى أجل ويرهن المشتري عليها دينه الذي له على خالد فيجوز إن أشهد على الرهينة ، وجمع بين البائع ومن عليه الدين ، ودفع للبائع ذكر الدين أي الوثيقة قالوا(٢) : ويؤخذ من كون ذلك كرهن الدين صحة التصرف في الوظائف وهو أن يتجمد لإنسان مال معلوم من وظيفة أو جامكية فينزل عنها لغيره إن كان ذلك النزول من غير مقابلة شيء بل هبة ، أما إن كان في مقابلة شيء يؤخذ فإن سلم من الربا جاز وإلا منع .

والحنفية قالوا بالمنع لأنه من باب بيع الدين بالدين(١) والدسوقي المالكي لم يذكر غير المنع معللا ذلك بأنه بيع نقد بنقد نسيئة(٢) .

---

(١) راجع مذهب الحنفية السابق بالهامش .

(٢) انظر في صحته الشروط ، حاشية للدسوقي والشرح الكبير جـ ٤ ص٩٩ ، بلغة السالك والشرح الصغير جـ٢ ص٢٩٠ شرح الخرشي وحاشية العدوي جـ٧ ص١٠٣ ، ١٠٤

شروط صحة هبة الدين لغير من هو عليه عند الشافعية :

سبق أن للشافعية قولاً فى بجواز هبة الدين لغيرمنهو عليه،ويشترطون لصحة ذلك أن يكون الدين مستقراً فإن لم يكن مستقراً بطلت جزما وذلك كنجوم الكتابة فهو غير مستقر لتعرضه للسقوط .

وقال بعض الأصحاب: المراد بالمستقر ما يصح الإعتياض عنه ليخرج نحو نجوم الكتابة .

قال الجمل : والظاهر أن التقييد بالمستقر لما ذكر من الخلاف فى هبة الدين لغير من هو عليه بخلاف غير المستقر فإنه لاتصح هبته لغير من هو عليه قطعاً ، وإلا فنجوم الكتابة يصح الإبراء منها فينبغى صحة هبتها للمكاتب(١) .

وهل تفتقر هذه الهبة إلى قبض ؟ وجهان ذكرهما النووى فقال : وإن وهبه لغير من هو عليه لم يصح على المذهب ، وقيل فى صحته وجهان كرهن الدين ، فإن صححنا ففى افتقار لزومها إلى قبض الدين وجهان ، فإن قلنا: لا يفتقر، فهل يلزم بنفس الإيجاب والقبول كالحوالة أم لابد من إذن جديد ويكون ذلك كالتخلية فى الأعيان نقله وجهان(٢) .

---

(١) حاشية الجمل حـ ٣ ص ٥٩٧ ، نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسى حـ ٥ ص ٤١٣ ، ٤١٤

(٢) روضة الطالبين حـ ٥ ص ٣٧٤

الفصل الثاني

هبة الدين لمن عليه الدين

لما كان عامة الفقهاء يرون أن هبة الدين لمن عليه الدين « إبراء » .

ولما كانوا قد اختلفوا فى الابراء هل هو إسقاط أم تمليك ؟ فاننا سنعرض دراسة هبة الدين لمن عليه الدين فى أربعة مباحث :

المبحث الأول : ماهية الاسقاط ، والترك ، والتمليك ، والابراء .

المبحث الثانى : موقف الفقهاء من هبة الدين لمن عليه الدين .

المبحث الثالث : تكييف الابراء ، وأثر هذا التكييف على القبول والرد .

المبحث الرابع : أحكام وتطبيقات فى هبة الدين والابراء منه .

المبحث الأول

ماهية الاسقاط ، والترك ، والتمليك ، والابراء

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول

ماهية الاسقاط

الاسقاط فى اللغة مصدر من الفعل « أسقط » ويأتى لأكثر من معنى

وكلها ترجع إلى معنى الأزالة والدفع ففي اللسان « أسقط إسمه من الديوان رفعه وأزاله »[1].

أما في إصطلاح الفقهاء ، فإنه « إزالة الحق الثابت وتلاشيه نهائياً مع عدم نقله إلى غير المختص به سواء أكانت هذه الإزالة بعوض أم كانت بغير عوض » وقد أستخلص هذا التعريف من عبارات الفقهاء الواردة في الأسقاط كعبارة صاحب تهذيب الفروق « ... والقسم الثانى الإسقاط وهو تصرف لا يفتقر إلى القبول وهو إما بعوض كالخلع والعفو على مال والكتابة وبيع العبد من نفسه والصلح على الدين فجميع هذه الصور يسقط فيها الثابت ولا ينتقل إلى الباذل ماكان يملكه المبذول له من العصمة وبيع العبد ونحوهما ، وإما بغير عوض كالإبراء من الديون والقصاص والتعزير وحد القذف والطلاق والعتاق وإيقاف المساجد وغيرها فجميع هذه الصور يسقط فيها الثابت ولا ينتقل لغير الأول »[2].

وهذا التعريف إنما هو للإسقاط المحض أى الإسقاط الذى ليس فيه معنى التمليك للحق المسقط، فالحق يفنى ويتلاشى بعد إسقاطه دون أن يتملكه أحد من الناس بنفس الإسقاط[3].

---

(١) لسان العرب لابن منظور جـ ٩ ص ١٨٧ وما يليها ط . بولاق ١٣٥١ هـ ، ولاحظ المصباح المنير جـ ١ ص ٢٨٠ (سقط) ط ، دار المعارف ، مختار الصحاح للرازى ص ٤٢٦ ، ٤٢٧ ، ط ، بولاق .

(٢) إدرار الشروق على أنواء الفروق جـ ٢ ص ١٣٥ ، ١٣٦ ، وانظر الفروق جـ ٢ ص ١١١ عالم الكتب ، بيروت .

(٣) نظرية الإسقاط فى الشريعة الإسلامية ص ٥ ، رسالة دكتوراه على الآلة الكاتبة ، دكتور / عبد الرحمن محمد محمد عبد القادر حقوق أسيوط عام ١٣٩٧ هـ — ١٩٧٧ م .

وصيغة الإسقاط تقتصر على أحد أركان الصيغة وهو «الإيجاب» فقط وهو الصادر من صاحب الحق أى المسقط ، وهناك قاعدة عامة فى الشريعة تقول : أن كل تصرف هو فى الأصل للإسقاط فإنه يتم بإرادة منفردة هى إرادة من يملك التصرف ولو ترتب على ذلك حقوق وواجبات[1] .

ومن ثم فإن الركن الآخر وهو «القبول» لا حاجة إليه هنا من المسقط عنه لأن الإسقاط لا يرتد بالرد «فالساقط لا يعـــود» ، والفعل كالمعاطاة لا يأتى فى الإسقاط لكون الإسقاط مزيل الحق ومعدم له دون أن يتملكه آخر والمعاطاة تفيد تمليك المعطى ما أعطاه ، وتملك المعطى ما أعطى إليه ...

فالإسقاط ينعقد بقـــول المسقط : أسقطت وأبطلت وعفوت أو غير ذلك من الألفاظ الدالة على إزالة الحق وتلاشيه دون أن يتملكه أحد كأن يقول صاحب الحق «المسقط» : أبطلت حقى فى كذا ، أو أسقطت حقى فيه .

ولما كانت الإسقاطات قد ميزت فى الفقه الإسلامى بأسماء متعددة إختصاراً للعبارة فقد جاءت الصيغة القولية متعددة أيضاً ترتيباً على ذلك ، ففى الدر المختار للحصكفى فى أول كتاب العتق «ميزت الإسقاطات بأسماء إختصاراً . فاسقاط الحق عن القصاص عفو ، وعن الذمة إبراء ، وعن البضع طلاق ، وعن الرق عتق » .

---

(١) فالطلاق مثلاً يتم بإرادة واحدة ومع ذلك يترتب عليه حقوق وواجبات للطرف الآخر «المرأة» حيث يجب لها مؤخر الصداق وتجب عليها العدة وغير ذلك . نظرية العقد ص ٧١ أ . د / محمود شوكت العدوى على الآلة الكاتبة .

(٢) نظرية الإسقاط ص ٣٠٧ .

قال ابن عابدين معلقاً : « قوله ميزت الإسقاطات » جمع إسقاط والمراد به ما وضعه الشارع لإسقاط حق للعبد على آخر ، وأشار[١].

« قوله إختصاراً » لأن أعتق أخصر من أسقط حقه عن مملوكه وكذا الباقي .

ولكنها ترجع فى النهاية إلى مدلول واحد هو : إزالة الحق وتلاشيه دون أن يتملكه غير المسقط فكل لفظ دل على هذا المعنى يعتبر صيغة قولية للإسقاط فكل لفظ دل على هذا المعنى يعتبر صيغة قولية للإسقاط فليس لها ألفاظ مخصوصة إلا فى الطلاق[٢] .

أما انعقاد الإسقاط بغير القول فإنه تخريجاً على صيغة العقد ، ينعقد بما يدل على الرضا عرفاً كالكتابة الواضحة المستبينة مثل أن يكتب : أسقطت أو أو أبطلت أو عفوت أو غير ذلك ، أما إذا كانت غير واضحة ولا مستبينة كالكتابة فى الهواء أو الماء فإنها تكون غير معتبرة فى انعقاد التصرفات مطلقاً .

وينعقد التصرف بالكتابة من غير قادر على النطق عند الجمهور ومن قادر عليه عند الحنفية[٣] ، والمالكية[٤] قياساً على النطق لأنها مستبينة .

ويرى الشافعية والحنابلة أن الكتابة من الكناية ومن ثم فلا بد من النية،

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار حـ٣ ص ٦٣٩ ط. العثمانية .
(٢) نظرية الإسقاط ص ٣١١
(٣) الهداية حـ ص ١٢ مع فتح القدير ط . مصطفى محمد .
(٤) بلغة السالك والشرح الصغير حـ ٢ ص٣ ط . عيسى الحلبي .

وينعقد أيضاً بالإشارة المفهمة والجمهور على أن الإنعقاد بالإشارة المفهمة إنما يصح من العاجز عن النطق كالأخرس والممنوع عن الكلام ولا تصح من القادر، ومشهور الأباضية فى الإشارة والكتابة أنه لا يجوز الإنعقاد بها إلا من العاجز عن النطق وهو أيضاً قول ابن حزم الظاهرى، وقالت الشيعة الإمامية : لا يصح العقد بغير لفظ مطلقاً قادراً كان أم عاجزاً لكن صرح جم غفير منهم بالعدول عن هذا الأصل فى العاجز عن النطق والإكتفاء فيه بدل اللفظ بالإشارة الكاشفة عن مراده كشفاً جزمياً .

وقالت المالكية يعتد بالإشارة المفهمة فى جميع التصرفات لأنها كلام، قال تعالى : « آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً »[1] .

---

(١) آل عمران / ٤١ وانظر للحنفية : مجمع الأنهر جـ٢ ص٣٥٢ ، ٣٥٣ ، دار إحياء التراث العربى ، تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٩٩ ، دار إحياء لتراث العربى ، فتح القدير جـ ٥ ص ٧٧ ط بولاق ١٣١٨هـ ، والمالكية : القوانين الفقهية ص ٣٦١ ، دار إحياء التراث العربى شرح الخرشى جـ٧ ص ١٠٤ ، ١٠٥ ، دار صادر بيروت ، حاشية الدسوقى والشرح جـ٣ ص ٥٣ جـ٤ ص ١٠٠ ، ١٠١ ، دار الفكر ، بلغة السالك والشرح جـ٢ ص ٢٨٩ ، دار الفكر .

وللشافعية : مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٩٧ ، ٣٩٨ ، دار الفكر ، حاشية الجمل جـ٣ ص ٥٩٥ ، ٥٩٦ ، دار الفكر نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤٠٦ ، ٤٠٧ ، دار الفكر ، وللحنابلة : المغنى جـ ٥ ص ٦٥٤ ، ٦٥٥ ، ط الرياض كشاف القناع جـ ٣ ص ١٤٦ ، ١٤٧ ، جـ ٤ ص ٣٠٠ ، دار الفكر ، وللظاهرية : المحلى جـ ٨ ص ٣٥٠ دار الفكر ، وللإباضية : شرح النيل جـ ٨ ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ الإرشاد جدق

وللإمامية : البدر المنضود ص ٣٩

والاسقاط المحض من التصرفات التى تقبل التعليق على الشرط[1] سواء كان الشرط ملائما أم غير ملائم، كما أنه يقبل الاضافة إلى زمن مستقبل فهو فى ذلك كالوصية والايصاء والوكالة[2].

وعلة جواز ذلك فى الاسقاط عدم ترتب ضرر بالمسقط ولا بالمسقط عنه ولأن الاسقاطات تخلو من الخطر المؤدى للغرر المفسد للتصرفات الناقلة للملكية لانعقادها بالارادة المنفردة، وهذه العلة لما كانت موجودة فى عقود التمليكات كالبيع لم يجز تعليقها منعا لضرر المتعاقدين أو أحدهما.

ولما جاز تعليق الاسقاط على الشرط جاز أيضا إضافته إلى زمن مستقبل فالذى يقبل التعليق يقبل الاضافة.

والاسقاط المعلق هو ما كان بصيغة ترتب وجوده على أمر سيوجد فى المستقبل. وأدوات التعليق هى إن أو إحدى أخواتها.

والاسقاط المضاف هو ما كان بصيغة، أضيف فيها الايجاب إلى زمن مستقبل، فالمعلق والمضاف يشتركان فى عدم ترتب الأثر فى الحال، لكنهما يختلفان فى أن الاسقاط المضاف يوجد فى حال صدوره عن المسقط بخلاف المعلق فانه لا ينشأ إلا بعد حصول المعلق عليه. فمثلا لو قال رجل

---

(١) يرى الحنفية أن التعليق يختص بالاسقاطات المحضة التى يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يصح تعليق الاسقاطات من وجه دون وجه كالابراء من الدين، ولا الاسقاطات من كل وجه ولا يحلف بها كالعفو عن القصاص، والحجر على المأذون، وعزل الوكيل، والابراء من الدين. مجمع الأنهر والدر المنتقى ج ٢ ص ٢٦٦. تكملة ابن عابدين والدر المختار ج ٣ ص ٣٤٥

(٢) نظرية العقد ص ٤٤، ٤٥ أ. د / محمود شوكت العدوى

لزوجته : أنت طالق إذا دخلت الدار فالطلاق وهو إسقاط الحق فى الاستمتاع بالزوجة لا يوجد إلا بعد دخول الزوجة الدار أما قبل ذلك فلا يوجد الطلاق . والمضاف كان يقول : أسقطت نفقتى غدا فيوجد الإسقاط فى الحال لكن يتأخر الأثر إلى الغد .

أما الإسقاط المنجز فهو ما صدر بصيغة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى المستقبل وحكمه ترتب الأحكام والآثار عليه فى الحال كقول الشفيع بعد علمه ببيع الشريك : أسقطت حقى فى الشفعة(١) .

والإسقاط لا يرد على ملكية الأعيان باتفاق الفقهاء لأنها بالإسقاط تصبح سائبة أى لا مالك لها ولا سائبة فى الإسلام قال تعالى « ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام »(٢) .

---

(١) المرجع السابق ص٣٩ وما يليها . وانظر الأشباه لابن نجيم ص٢٠١ جامع الفصولين ج ٢ ص ٢ ، كشف الأسرار على أصول البزدوى ج ٤ ص ٥٩٢ ، فتاوى الشيخ عليش ج ١ ص ٢٥٩ ، الفروق للقرافى ج ٤ ص ٢٧٩ البحر الرائق ج ٦ ص ١٩٤ وما يليها ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٠٧ وما يليها نظرية الاسقاط ص ٤١٣ وما يليها

(٢) المائدة / ١٠٣ ، وانظر نظرية الاسقاط ص ٢٨٠ - المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى - محمد مصطفى شلبى ص ٣٦٣ ، الأشباه لابن نجيم ص ٣٣٦ ، ٣٥٦ ، البحر الرائق ج ٥ ص ٩٦ ، ٩٧ ، العقود الدرية لابن عابدين ج ٢ ص ٣١٦ ط ثانية بولاق ، الأشباه للسيوطى ص ١٥١ ، قواعد الأحكام لابن عبد السلام ج ٢ ص ١٣٧ قواعد ابن رجب ص ٣٣٦ ، الفروق للقرافى ج ٤ ص ٢٨ وما يليها

فقد عاب الله على العرب ما كانت تفعل من تسييب البهائم(١).

(١) تفسير القرطبي ح ٦ ص ٢١٨، والسائبة: البعير يسيب بنذر يكون على الرجل إن سلمه الله من مرض، أو بلغه منز له أن يفعل ذلك فلا تحبس عن رعى ولا ماء ولا يركبها أحد وقال به أبو عبيد. وقد يسيبون غير الناقة، وكانوا إذا سيبوا العبد لم يكن عليه ولاء. وقيل السائبة هي المخلاة لا قيد عليها، ولا راعي لها. والبحيرة عن ابن المسيب هي التي يمنع درها للطواغيت فلا يحلبها أحد من الناس. وقيل: هي الناقة المشقوقة الأذن وقيل غير ذلك وأما الوصيلة والحام فقال مالك: الوصيلة من الغنم إذا ولدت أنثى بعد أنثى سيبوها. وقال ابن عزيز: الوصيلة من الغنم إذا ولدت الشاة سبعة أبطن نظروا فان كان السابع ذكرا ذبح وأكل منه الرجال والنساء وإن كان أنثى تركت في الغنم وإن كان ذكرا وأنثى قالوا: وصلت أخاها فلم تذبح لمكانها وكانت لحما حراما على النساء ولبن الأنثى حراما على النساء إلا أن يموت منها شيء فيأكله الرجال والنساء وقيل. غير ذلك.

فأما الحام فمن الإبل. قال مالك: كان الفحل إذا انقضى ضرابه جعلوا عليه من ريش الطواويس وسيبوه. ويقال: إذا نتج من صلبه عشرة أبطن قالوا: قد حمى ظهره فلا يركب ولا يمنع من كلا ولا ماء. وقيل: الحامي الفحل إذا ركب ولد ولده. تفسير القرطبي ح ٦ ص ٢١٦ – ٢١٧

المطلب الثانى

ما هية الترك

الترك لغة : جاء فى المصباح المنير « تركت » المنزل « تركا » رحلت عنه . و « تركت » الرجل فارقته ثم أستعير الاسقاط فى المعانى فقيل «ترك» حقه إذا أسقطه و «ترك» ركعة من الصلاة لم يأت بها فانه إسقاط لما ثبت شرعا (١).

فالترك لغة الرحيل والمفارقة وهذا فى المحسوسات أما فى المعانى فانه قد استعير للاسقاط وعليه فان الإسقاط والترك فى اللغة معناهما واحد ، وهما فى الاصطلاح كذلك من حيث الظاهر لكن الحقيقة أن بينهما فرقا فى الاصطلاح . فالاسقاط لكى يوجد لا بد من وجوب الحق وثبوته ومن ثم فان الحق غير الثابت لا يقبل الاسقاط لأن إسقاط الحق قبل وجوبه لا يجوز ، ولو جرى سبب وجوبه (٢) ، وإذا كان الحق غير الثابت لا يقبل الاسقاط فانه يقبل النزول عنه ، لكن لا يسمى هذا النزول إسقاطا وإنما يسمى تركا أو امتناعا وهما مجرد وعد ومن ثم فأن الترك لا يلزم التارك وله حق الرجوع فيه بعد أن تثبت له هذه الحقوق وتتقرر بالفعل (٣) .

فمثلا لو ترك الشفيع حقه فى الشفعه قبل قيام سبب الشفعة أى قبل

---

(١) المصباح المنير ح ٢ ص ٧٤ ، دار المعارف

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٤٩٠ ، المدخل فى الفقه الإسلامى ص ١٨٣ ، ١٨٤ د/ محمد سلام مدكور . العناية والكفاية على الهداية بهامش فتح القدير ح ٢ ص ٢٤٧ دار إحياء التراث العربى : بيروت

(٣) نظرية الاسقاط ص ١٥ ، الإشباه لابن نجيم ص ٣١٨ ، ٣١٩

بيع الشريك فهذا الترك لا يمنع الشفيع من المطالبة بحقه فى الشفعة بعد بيع الشريك أى بعد قيام السبب.

يقول القرافى « الفرق الثالث والثلاثون ... المسألة الثانية : الأخذ بالشفعة له سبب وهو بيع الشريك وشرط وهو الأخذ فتثبت الشفعة حينئذ فان أسقطها قبل البيع لم يعتبر إسقاطه لعدم اعتباره حينئذ واعتبار الاسقاط فرع اعتبار المسقط أو أسقطها بعد الأخذ سقطت إجماعا وإن أسقطها بعد البيع وقبل الأخذ سقطت ولا أعلم فى ذلك خلافا »مثال آخر: نزول الزوجة عن حقها فى نفقتها المستقبله فهذا لا يعد اسقاطا لعدم ثبوت هذه النفقة بعد ، وكما يقول القرافى « أسقطت النفقه قبل سببها فيكون كاسقاط الشفعة قبل بيع الشريك » وإنما بعد تركا لها لا يلزم الزوجة ومن ثم لها الحق فى المطالبة بالنفقة بعد وجوبها[١] .

والملاحظ أن القرافى وغيره يستعمل لفظ الاسقاط فى مثل هذه الصور إلا أن من الباحثين من يعتبر ذلك من باب التوسع فى معنى الاسقاط تجاوزا ولأن الترك يؤول بعد وجوب الحق وتقرره إلى إسقاط اذا لم يرجع التارك عن تركه[٢] .

---

(١) الفروق وإدرار الشروق ح ١ ص ١٩٦ : ٢٠٠ ط عالم الكتب بيروت « الفرق الثالث والثلاثون بين قاعدة تقدم الحكم على سببه دون شرطه أو شرطه دون سببه وبين قاعدة تقدمه على السبب والشرط جميعا» وفيه ثمانية مسائل اقتصرنا على اثنين منها . وانظر المدونة الكبرى ح ٤ ص ٢٣١ ، ط الخيرية الفتاوى الخانية بهامش الهنديه ح ٣ ص ٥٥٤ ، ط بولاق . فتح العلى المالك ح ١ ص ٣٢٢ ط . مصطفى الحلبي

(٢) دكتور / عبد الرحمن محمد محمد عبد القادر فى نظرية الاسقاط ص ١٦

فالخلاف بين الترك والإسقاط محصور فى أمرين :

الأمر الأول : الترك يرد على الحق الذى لم يجب بعد . أما الإسقاط فإنه لا يرد على الحق إلا بعد وجوبه وتقرره .

الأمر الثانى : الترك مجرد وعد من التارك فهو غير لازم له ومن ثم يحق له العدول عنه متى شاء .

أما الإسقاط فهو تصرف تام لازم للمسقط لا يجوز له العدول عنه والرجوع فيه ، ومن هنا قال الفقهاء : أن الساقط لا يعود أبداً[1] .

المطلب الثالث

ماهية التمليك

التمليك فى اللغة : جعل الشيء ملكا للآخر ، جاء فى المصباح : والملاك بفتح الميم اسم (ملكته) بالتشديد و (ملكته) الأمر بالتشديد (فملكه) من باب ضرب ، و (ملكناه) علينا بالتشديد أيضا (فتملك)[2] .

وأما فى الإصطلاح فهو (نقل الحق الثابت لشخص معين إلى شخص آخر بواسطة تصرف من التصرفات الناقلة لملكية الحقوق سواء كان هذا النقل بعوض أم كان بغير عوض) . وفى التصرفات العوضية

قد يكون العوض بدلا عن الأعيان كالبيع أو عن المنافع كالإجارة .. أما التصرفات غير العوضية فهى كالصدقات والهبات والوصايا والهدايا والعطايا[3] .

(١) نظرية الإسقاط ص ١٢ ، وانظر الأشباه لابن نجيم ص ٣١٨ ، ٣١٩ .

(٢) المصباح المنير جـ ٢ ص ٥٨٠ .

(٣) نظرية الإسقاط ص ١١ ، الذخيرة للقرافى جـ ١ ص ١٥٥ ، ٢٥٥ .

وقد اتفق الفقهاء على صحة التمليك إذا تم القبض أما إذا لم يتم القبض ففيه قولان ، القول الأول : يجوز وعليه أكثر المشايخ وعليه الفتوى وعمل الناس . القول الثاني : لا يجوز قياساً على الهبة وهو مردود بأن الهبة والتمليك مختلفان إسماً وحكماً ، أما الإسم فظاهر ، وأما حكماً فلأنه لو وهبت الثمار على رؤوس الأشجار لا يجوز ، ولو أقر بالتمليك يجوز فثبت أن التمليك يصح بدون التسليم وأنه غير الهبة(١) .

موازنة بين التمليك والإسقاط :

يظهر من المقارنة بين تعريف التمليك وبين تعريف الإسقاط أنهما مختلفان من وجوه .

الأول : أن التمليك ينقل الملكية أما الإسقاط فإنه يزيل هذه الملكية فلا تثبت لأحد غير الأول . يقول القرافي « الفرق التاسع والسبعون بين

= ط كلية الشريعة بجامعة الأزهر عام ١٣٨١ هـ ، نظرية العقد ص ٤٣ وما يليها أ د / محمود شوكت العدوي وفي الفروق جـ ٢ ص ١١٠ « الفرق التاسع والسبعون بين قاعدة النقل وقاعدة الإسقاط . إعلم أن الحقوق والأملاك ينقسم التصرف فيها إلى نقل وإسقاط فالنقل ينقسم إلى ماهو بعوض في الأعيان كالبيع والقرض ، وإلى ما هو في المنافع كالإجارة والمساقاة والمزارعة والقراض والجعالة . وإلى ما هو بغير عوض كالهدايا والوصايا والعمرى والوقف والهبات والصدقات والكفارات والزكاة والمسروق من أموال الكفار والغنيمة في الجهاد فإن ذلك كله نقل ملك في أعيان بغير عوض ، وأنظر أيضاً تهذيب الفروق بهامش الفروق جـ ٢ ص ١٣٥ ، ط . عالم الكتب — بيروت .

(١) أنظر تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٤٩ ، ٣٥٠ مطلب في معنى التمليك والفرق بينه وبين الهبة ، ط . دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

قاعدة النقل وقاعدة الإسقاط . اعلم أن الحقوق والأملاك ينقسم التصرف فيها إلى نقل وإسقاط . فالنقل ينقسم إلى ماهو بعوض ... وإلى ماهو بغير عوض ... فإن ذلك كله نقل ملك ... وأما الإسقاط فهو إما بعوض كالخلع والعفو على مال والكتابة وبيع العبد من نفسه والصلح على الدين .

فجميع هذه الصور يسقط فيها الثابت ولا ينتقل إلى الباذل ما كان يملكه المبذول له من العصمة وبيع العبد ونحوهما ، وأما بغير عوض كالإبراء من الديون والقصاص والتعزير وحد القذف والطلاق والعتاق وإيقاف المساجد وغيرها فجميع هذه الصور يسقط فيها الثابت ولا ينتقل لغير الأول »(1) .

الثاني : التمليك يرتد بالرد من المملك بخلاف الإسقاط فإنه لا يرتد بالرد من المسقط عنه .

الثالث : الإسقاط يصح تعليقه بصريح الشرط ومعناه . أما التمليك فإنه لا يصح تعليقه مطلقا لا بصريح الشرط وهو ما صدر بأن أو متى أو إذا ، ولا بمعنى الشرط نحو أنت برىء من كذا على أن تؤدى لى غدا كذا .

الرابع : تمليك المجهول لا يصح بخلاف إسقاطه فإنه صحيح .

الخامس : تمليك الشخص المبهم شيئا لا يصح كما لو كان له فى يد كل واحد سيارة فقال : ملكت أحدكما السيارة التي فى يده فإنه لا يصح وهذا بخلاف الإسقاط فإنه يصح مع جهالة الشخص المسقط عنه .

السادس : الإسقاط لا يشترط فيه القبول من المسقط عنه . بينما التمليك يشترط فيه القبول ممن يراد النقل إليه .

---

(1) الفروق جـ ٢ ص ١١٠ ، إدرار الشروق جـ ٢ ص ١٣٥ ، ١٣٦ مطبوع مع الفروق ط . عالم الكتب — بيروت .

هذه الفروق أمكن استخلاصها من القاعدة الثامنة « الإبراء هل هو إسقاط، أو تمليك » فى أشباه السيوطى(١) ومن ثم فهى فروق أيضا بين الإسقاط والإبراء كما سيأتى :

المطلب الرابع

ماهية الإبراء

الإبراء لغة يأتى بمعنى الإسقاط أى إسقاط الدين عن المدين ، ويأتى بمعنى المفارقة، والاعذار ، والأنذار ، والشفاء(٢) .

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٩ ، ط عيسى الحلبي ، وأنظر ، بدائع الصنائع للكاسانى حـ ١٠ ص ٤٨٤١ ط . الإمام الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية حـ ٣ ص ٢٦٦ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٦٤ ، نظرية الإسقاط ص ١٣ .

(٢) جاء فى المصباح المنير ج ١ ص ٤٧ ط. دار المعارف : برىء زيد من دينه يبرأ براءة سقط عنه طلبه، فهو برىء وبارئ وبراء ، وأبرأته منه وبرأته من العيب جعلته بريئا منه، وبرىء منه مثل سلم وزنا ومعنى ، وبرىء أيضا وبرأ الله تعالى الخليفة يبرؤها خلقها فهو البارىء ، وبرأ من المرض يبرأ من باب تعب ونفع أ، هـ وأنظر مختار الصحاح ص ٤٥ ط . دار المعارف ، وفى المعجم : تبارأ الشريكان تفاصلا وافترقا ، وتبرأ من كذا تخلص وتخلى عنه . وفى الكتاب العزيز « إذ تبرأ الذين اتبعوا من الذين اتبعوا » البقرة / ١٦٥ « والبراءة الإعذار والأنذار ومنه قوله تعالى « براءة من الله ورسوله » التوبة / ١ .

المعجم الوسيط حـ ١ ص ٤٥ ط ١٩٦٠ باب الباء مع الراء والهمزة ،

والإبراء وإن كان يأتي بمعنى الإسقاط إلا أنه ليس إسقاطا محضا عند أكثر العلماء لأن فيه معنى التمليك[١] .

وأما في الاصطلاح الفقهي فقد عرفه الحنفية بأنه إسقاط شخص ماله من حق قبل شخص آخر . فإذا كان إنسان مدينا لآخر بخمسين جنيها مثلا فقال الدائن للمدين أبرأتك مما لي عليك من الدين فكأنه قد أسقط الدين الذي في ذمته[٢] .

وعرفه الزيدية بأنه « إسقاط ما في الذمة من حق أو دين »[٣] .

وهذا التعريف عام لشموله الحق والدين .

وعرفه الشيخ أحمد أبو الفتح بأنه « إبراء الدائن مدينه من كل الدين أو بعضه الثابت له في ذمته »[٤] فالإبراء قد يكون كليا وقد يكون جزئيا .

وعرفه في الفتح بأنه « هبة الدين ممن هو عليه » جاء « الهبة بالمعنى الأعم تطلق على أنواع منها الإبراء وهو هبة الدين ممن هو عليه »[٥] .

ويلاحظ على التعريف الأول والثاني أنه عرف الإبراء بالإسقاط .

أما التعريف الثالث فلم يصرح بشيء ، ومن ثم فقد طرح بعض الباحثين سؤالا فقال : لكن ما هو مصير الدين أو الحق الذي أسقط ؟

ثم أجاب قائلا : لابد من وضع قيد يوضح لنا ذلك فنقول :

---

(١) نظرية العقد ص ٢٦ أ . د / محمود شوكت العدوي ، نظرية الإسقاط ص ٥ .
(٢) حاشية ابن عابدين حـ ٤ ص ١٧٦ ط ثالثة ، بولاق .
(٣) البحر الزخار حـ ٥ ص ٩٠ ط أولى ١٣٦٧ هـ أنصار السنة المحمدية
(٤) المعاملات في الشريعة الإسلامية حـ ١ ص ١٤٣ ط ثانية .
(٥) نقله الشوكاني في نيل الأوطار حـ ٥ ص ٣٨٨ عن فتح الباري ،

« الإبراء هو إسقاط ما فى ذمة المدين من حق أو دين مع تمليكه إياه » فصيره لمن المدين قد تملكه[1].

وهذا التعريف يقترب تماما من تعريف باحث آخر قال فيه « الإبراء هو إزالة حق الدين الثابت فى ذمة المدين مع تمليكه إياه »[2].

أما عن صيغة الإبراء فإنه يكون بكل لفظ يدل عليه . يقول البهوتى « وإن أبرأ غريم غريمه من دينه صح أو تصدق به عليه صح أو وهبه له صح أو تصدق به عليه صح أو عفا عنه صح وبرئت ذمته وكذا لو قال أعطيتكه ونحوه ويكون ذلك إبراء وإسقاطا ، ولفظ الهبة والصدقة والعطيــة ينصرف إلى معنى الإبراء ، لأنه لا عين موجودة يتناولها اللفظ ... ويصح الإبراء من الدين بالألفاظ السابقة ولو كان الدين المبرأ منه مجهولا لهما ... »[3] .

ويقول ابن حزم « ومن كان له عند آخر حق فى الذمــة دراهم أو دنانير أو غير ذلك أو أى شىء كان فقال له : قد وهبت لك مالى عندك ، أو قال : قد أعطيتك مالى عندك ... فلا يلزم شىء من ذلك ، ثم استدرك فقال « وإنما يجوز هذا بلفظ الإبراء ، أو العفو ، أو الإسقاط ، أو الوضع ويجوز أيضا بلفظ الصدقة »[4] .

---

(١) دكتور / محمود محمد عوض سلامه فى رسالته للماجستير « انقضاء الإلتزام دون وفاء بالإبراء وإستحالة التنفيذ بين كل من الفقه الإسلامى والقانون الوضعى » ص ١٠ على الآلة الكاتبة مكتبة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة تحت رقم /٤٨٠

(٢) دكتور / عبد الرحمن محمد عبد القادر فى نظرية الإسقاط ص ٧

(٣) كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٠٤ ط عالم الكتب بيروت .

(٤) المحلى جـ ٩ ص ١١٧ مسألة ١٦٢٦ ط دار الفكر .

مما سبق يتضح أن الإبراء يكون بواحد من الصور الآتيه :

فقد يكون فى صورة إنشائية كأن يقول الدائن لمدينه : أبرأتك من الدين الذى لى عليك ، وقد يكون الإبراء فى صورة إخبارية كأن يقول الدائن : أبرأت فلاناً من دينه الذى لى عليه ، أو أبرأته فلانا من دينى ويعد هذا إقراراً منه بالإبراء .

وقد يكون الإبراء من الدين فى صورة هبة كأن يقول الدائن لمدينه : وهبت لك مالى فى ذمتك من دين .

وقد يكون فى صورة وصية كأن يقول الدائن لمدينه : أوصيت لك بما فى ذمتك من دين لى — ولهذا فإن المدين لا يبرأ إلا بعد وفاة الدائن فى صورة الوصية وذلك لأنها تصرف مضاف لما بعد الموت .

وقد يكون الإبراء بلفظ الصدقة أو العطية أو العفو ، أو الترك .

وقد يكون بلفظ الحط[١] أو الحل[٢] .

ولفظ الهبة والصدقة والعطية ينصرف إلى معنى الإبراء بقرينة أنه لا عين موجودة يتناولها اللفظ .

وخالف ابن حزم فى لفظ الهبـــة والعطية فهما لا يدلان على الإبراء

---

(١) لاحظ أشباه ابن نجيم ج ٣ ص ١٥٠ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٧٦

(٢) يقول ابن قدامة « إذا كان له فى ذمة إنسان دين فوهبه له أو أبرأه منه أو أحله منه صح وبرئت ذمة الغريم منه » المغنى ج ٥ ص ٦٥٨ ط . الرياض الحديثة ، ط منفردة .

ولعل ذلك راجع إلى تمسكه بأسماء العقود المنصوص عليها فلكل عقد أو تصرف إسمه القاصر عليه دون غيره .

ولا يصح الإبراء بقوله : أبرأك الله، وذلك لأن الحق له لا لله[1] .

وفى الحاوى : قال : لا أخاصمك ولا أطلبك : مالى قبلك . قالوا : ليس هذا بشيء وحقه عليه على حاله . وفى الخلاصة : قال : جعلتك فى حل الساعة أى فى الدنيا . برىء فى الساعات كلها والدارين[2] .

فالجمهور على إنعقاد الإبراء بكل لفظ دل على البراءة كلفظ الحل أو الصدقة أو الإسقاط أو الترك أو العفو ، أو التمليك ، أو الوضع ، أو الهبة ونحو ذلك مما تقدم .

أما لفظ الصدقة فإن القرآن الكريم ورد فى الإبراء بلفظ الصدقة . يقول الله تعالى « ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا »[3] .

وأخرج ابن حزم من طريق مسلم بسنده عن أبى سعيد الخدرى قال « أصيب رجل فى عهد رسول الله ﷺ فى ثمار إبتاعها فكثر دينه فقال رسول الله ﷺ : تصدقوا عليه » قال ابن حزم : فهذا عموم للغرماء وغيرهم[4] فان قال : تصدقت به عليك صح .

---

(١) البحر الزخار جـ ٥ ص ٩٦ ، ٩٧

(٢) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٥٣

(٣) النساء/٩٢

(٤) المحلى جـ ٩ ص ١١٧ مسألة ١٦٢٦ ط . دار الفكر .

المغنى جـ ٥ ص ٦٥٨ ، ٦٥٩ ، الرياض الحديثة . هداية الراغب ص ٤١٢ ، دار البشير جدة . كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٠٤ دار الفكر الإنصاف جـ ٧ ص ١٢٧ ، ١٣٠ ط ثانية . دار إحياء التراث العربى =

وإن قال عفوت لك عنه صح لأن الله تعالى « إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقد النكاح »[1] .

قال ابن قدامة : يعنى به الإبراء من الصداق . وإن قال: أسقطته عنك صح لأنه أتى بحقيقة اللفظ الموضوع له ، وإن قال ملكتك إياه صح لأنه بمنزلة هبته إياه ، واللفظ الموضع كالإسقاط .

وإن قال : أحللتك منه صح ، قال المرداوى : وفى صحيح مسلم « أن أبا اليسر الصحابى قال لغريمه : إذا وجدت قضاء فاقض وإلا فأنت فى حل » وأعلم به الوليد بن عبادة بن الصامت وابنه وهما تابعيان فلم ينكراه . قال فى الفروع : وهذا متجه واختاره شيخنا[2] .

وهل الهبة حينئذ صريحة فى الإبراء أم كناية ؟ قضية كلام النووى أن هبة الدين صريحة فى الإبراء ، قال الخطيب : وهو كذلك لكن فى الذخائر إنه كناية وترك الدين للمدين كناية إبراء[3] .

وعند الإباضية: من قال لرجل : تركت لك دينى الذى عليك أو نصيبى من الميراث الذى بينى وبينك لم يجز حتى يقول: أعطيته ، وقيل : جائز لأن ذلك لغة جارية بين الناس فى العطاء[4] .

= ١٤٠٦ هـ – ١٩٨٦ م . مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٠ ، ط دار الفكر . نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤١٣ ، ٤١٤ ط دار الفكر . حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٧ ط . دار الفكر . تكملة ابن عابدين جـ ٣ ص ٣٥٣ ، دار إحياء التراث العربى .

(١) البقرة / ٢٣٧

(٢) المراجع السابقة .

(٣) مغنى المحتاج السابق .

(٤) شرح النيل جـ ١٢ ص ٢٣ ، الإرشاد : جدة .

هكذا نرى أن الإبراء يكون بما دل عليه من ألفاظ . وهذا اللفظ وإن أفاد إزالة الحق فى جانب الدائن فإنه يفيد أيضاً التمليك لهذا الحق فى جانب المدين(١) وركن صيغة الإبراء هو الإيجاب والقبول . أما الإيجاب فمتفق عليه ، وأما القبول فمختلف فيه تبعاً لاختلاف الفقهاء فى تكييف الإبراء هل هو إسقاط أم تمليك ؟ فمن قال إنه إسقاط قال : لا يحتاج إلى قبول وسيأتى فى تكييف الإبراء .

ويشترط فى الإبراء أن يكون من حق ثابت ومن ثم لا يصح من حق لم يثبت كما لو أبرأت الزوجة زوجها من نفقة العدة قبل الطلاق(٢) جاء « لا يصح الإبراء من الدين قبل وجوبه ذكره الأصحاب ونقله الحلوانى عن الإمام أحمد . لقوله ﷺ — لا طلاق إلا فيما تملك ، ولا عتق إلا فيما تملك — والإبراء فى معناهما »(٣) وفى أشباه السيوطى « قاعدة : لا يصح الإبراء عما لم يجب ولو جرى سبب وجوبه فى الأظهر إلا فى صورة : وهى : ما لو حضر بئراً فى ملك غيره بلا إذن ، وأبرأه المالك ، ورضى ببقائها ، فإنه يبرأ مما يقع فيها ، قاله صاحب التتمات فى فتاويه »(٤) .

ويلاحظ أن الأجل لا يمنع ثبوته فى الذمة ، ومن ثم يصح الإبراء من

---

(١) أى على قول فريق من الفقهاء وسيأتى .

(٢) الفروق وإدرار الشروق جـ ١ ص ١٩٦ ، ٢٠٠ ، المدونة الكبرى جـ ٤ ص ٢٣١ ، الأشباه للسيوطى ص ٤٩٠ ، العناية والكفاية على الهداية بهامش فتح القدير جـ ٣ ص ٢٤٧ ، أحكام المعاملات للشيخ على الخفيف ص ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، الأشباة لإبن نجيم ص ٣٤٢ ، المبسوط للسرخسى جـ ٥ ص ١٨٦ ، المعاملات لأحمد أبو الفتح جـ ١ ص ١٣٣ .

(٣) كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٠٣ ، الإنصاف جـ ٧ ص ١٤٠ .

(٤) الأشباه للسيوطى ص ٤٩٠ .

الدين المؤجل قبل حلول أجله ، فعند الحنابلة « يصح الإبراء من الدين قبل حلول أجله لأن تأجيله لا يمنع ثبوته فى الذمة »(١) وعند الحنفية « فى التتار خانية : رجل له على آخر مائة وخمسون درهما مائة حالة وخمسون مؤجلة فوهب رب الدين المديون خمسين فذلك الموهوب ينصرف إلى الحالة أم إلى المؤجل ؟ أفتى الإمام الأجل برهان الدين المرغيانى ينصرف إليهما وبه أفتى القاضى بديع الدين »(٢).

وصرح بذلك الإباضية أيضا فى الراجح عندهم ، وقيل : لا يصح(٣).

كما يشترط أيضا فى محل الإبراء أن لا يكون عينا من الأعيان لما فى الإبراء من معنى الإسقاط ، والأعيان لا تقبل الإسقاط(٤).

ولما كان الإبراء من قبيل التبرعات فانه يشترط فى المبرىء أن يكون من أهل التبرع ، ولا تشترط أهلية المبرأ لأن الإبراء تصرف نافع ولا يضر مصالحه .

ويشترط فى المبرأ أن يكون معلوما فلو قال أبرأت مدينا لى أو كل مدين لى لم يصح الإبراء لأنه لابد من معرفة الذمة التى تعلق بها هذا الدين(٥) ففى أشباه السيوطى « إبراء المبهم كقوله لمدينيه أبرأت أحدكما . والأصح فيه التمليك فلا يصح كما لو كان له فى يد كل واحد عبد فقال : ملكت أحدكما

---

(١) كشاف القناع ج ٤ ص ٣٠٤ ، هداية الراغب ص ٤٢١
(٢) تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٥٦
(٣) شرح النيل ج ١٢ ص ٤١
(٤) ولكن يصح الإبراء من حق الإدعاء بالأعيان فلا تسمع الدعوى بها بعد ذلك لأن حق الإدعاء حق وهو يقبل السقوط .
(٥) أحكام المعاملات للشيخ على الخفيف ص ٢٦٣ ، ٢٦٤

العبد الذى فى يده لا يصح ،[1] وقال الحارثى والحلوانى من الحنابلة : أنه لو كان له دينان على شخصين وأبرأ أحدهما لا بعينه صح ويرجع إلى المبرىء بالبيان ، قال المرداوى : ويؤخذ بالبيان كطلاق إحداهما وعتقه أحدهما ، قال فى الفروع : يعنى ثم يقرع على المذهب ، والمذهب عند الحنابلة أنه لايصح الإبراء مع إبهام المحل كأبرأت أحد غريمى[2] .

---

(١) الأشباه للسيوطى ص ٢٨٨ ، القاعدة التاسعة : الإبراء هل هو إسقاط أم تمليك ؟ قولان ، والترجيح مختلف فى الفروع . انتهى ، وفى مسألتنا التمليك هو الراجح .

(٢) الإنصاف جـ ٧ ص ١٢٨ ، ١٢٩ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٠٥

المبحث الثانى

موقف الفقهاء من هبة الدين لمن عليه الدين

بالنظر فى تعريف الفقهاء للهبة نجدهم جميعا قالوا « أنها تمليك عين » والدين ليس بعين . وهذا التعريف للهبة إنما هو تعريف لها بالمعنى الأخص ، أما بالمعنى الأعم فإنها تشمل هبة الدين « قال فى الفتح : الهبة بالمعنى الأعم تطلق على أنواع منها الإبراء . وهو هبة الدين ممن هو عليه »[1] .

وقد اختلفت عبارات الفقهاء فى هبة الدين لمن هو عليه أى للمديون فأكثرهم قال إنها إبراء . وبعضهم قال : هى هبة . أى أنهم متفقون على الجواز . لكنهم اختلفوا فى التكييف .

فالكاسانى الحنفى يفهم من كلامه أنها هبة ، وكذلك الاباضية المغاربه[2] يقول الكاسانى « وتجوز هبة الدين لمن هو عليه قياسا

---

(١) نيل الأوطار حـ ٥ ص ٣٨٨ . ويقول ابن عابدين « الهبة نوعان تمليك وإسقاط وعليها الاجماع كذا فى خزانة المفتين » تكملة ابن عابدين حـ ٢ ص ٢٩٥ ، ٢٩٧ . وانظر مجمع الأنهر حـ ٢ ص ٣٥٢ ، ٣٥٣

(٢) أى الذين يسكنون جهة المغرب كالجزائر ، وتونس ، وليبيا . ومنهم الشيخ محمد بن يوسف أطفيش ويسمونه (القطب) صاحب كتاب شرح النيل وشفاء العليل . والشيخ عامر الشماخى صاحب كتاب الإيضاح وهما من الجزائر منطقة « وادى ميزاب » .

واستحساناً ، ثم علل فقال « لأنه إذا وهب لمن هو عليه فهو هبه لما في ذمته ، وذمته في قبضه ، فكان الدين في قبضه بواسطة قبض الذمة »[1] . وهو قول زفر[2] .

فيكون ذلك تمايكا لتوافر شرط القبض الذي هو من شروط صحة الهبة عند الجمهور ومنهم الحنفية .

ويقول أطفيش من الاباضية « وتصح هبة دين لغريم لوجود القبض فيه ، وكذا كل ما بذمة يوهب لمن هو في ذمته وتصح عند من لم يشترط القبول والقبض بالأولى »[3] .

وذكر ابن عابدين وغيره أنها إسقاط فقال « الهبة نوعان تمليك وإسقاط وعليهما الاجماع كما في خزانة المفتين »[4] . وورد في موضع آخر أنها كالإبراء « وهبة الدين كالإبراء »[5] .

وقد أخرجها صاحب مجمع الأنهر من تعريف الهبة حيث عرف الهبة بأنها « تمليك عين بلا ذكر عوض » ثم قال « خرجت عن هذا التعريف الإباحة والعارية والاجارة والبيع وهبة الدين من عليه الدين فإن هبة

---

(١) بدائع الصنائع حـ ٦ ص ١١٩

(٢) المرجع السابق . والدر المختار وتكملة ابن عابدين حـ ٢ ص ٢٩٥ ومايليها والمبسوط حـ ١٢ ص ٧٠

(٣) شرح النيل حـ ١٢ ص ١٢ ، ولاحظ الإيضاح حـ ٨ ص ٩٦ والمصنف حـ ٢٧ ص ٢١٤ ، ٢١٥

(٤) تكملة ابن عابدين حـ ٢ ص ٢٩٦ ، ٢٩٧ ، ولاحظ مجمع الأنهر حـ ٢ ص ٣٥٢ ، ٣٥٣

(٥) تكملة ابن عابدين السابق ص ٣٤٧

الهبة إسقاط ، وإن كان بلفظ الهبة»[1]. فهذا صريح فى أن هبة الدين ممن عليه إسقاط وإن كان بلفظ الهبة التى تفيد التمليك.

ولذلك قال ابن عابدين « وأما هبة الدين ممن عليه فمجاز عن الإسقاط»[2] وفى البحر أن هبة الدين ممن عليه إبراء وهو تمليك من وجه فيرتد بالرد ولو بعد المجلس على خلاف فيه ، وإسقاط من وجه فلا يتوقف على القبول[3] . وكون ذلك إسقاط أم تمليك سيأتى الكلام عنه وإنما الذى نريد بيانه هنا أنه عند الحنفية قولان فى تكييف هبة الدين لمن هو عليه . أحدهما أنها هبة . والثانى أنها إبراء وغلبوا فيه الإسقاط .

وقد سوى زفر من الحنفية فى هذا المقام بين الهبة والإبراء ، وهذا يعنى أنهما للتمليك فغلب التمليك لا الإسقاط فى جانب الإبراء .

يقول ابن عابدين «...... كما صرح به فى المجتبى وعزا التسوية بين الهبة والإبراء لزفر»[4]

وممن قال بجواز هبة الدين لمن هو عليه أيضاً ويكون ذلك إبراء . المالكية والشافعية ، وكذلك الإباضية فى قول .

يقول ابن جزى «وتجوز هبة الدين»[5] ويقول الخرشى «الشىء الذى يقبل النقل شرعا تجوز هبته ولو كان الموهوب دينا فتجوز هبة

---

(١) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٥٣ ولاحظ ص ٣٦٠

(٢) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٢٣

(٣) المرجع السابق جـ ٢ ص ٣٤٩

(٤) المرجع السابق ص ٣٤٧

(٥) القوانين الفقهية ص ٣٦١

الدين الشرعى لمن هو عليه ولغيره، لكن إن وهب لمن هو عليه فهو إبراء ... »[1].

ويقول ابن قدامة « إذا كان له فى ذمة إنسان دين فوهبه له أو أبرأه منه أو أحله منه صح وبرئت ذمة الغريم منه »[2].

ويقول الخطيب « وهبة الدين للمدين إبرأ له منه »[3].

وقد ذهب الإباضية المشارقة[4] إلى القول بأن هبة الدين لا تجوز. وإنما الذى يجوز هو البراءة منه. ومثلهم قال ابن حزم الظاهرى.

يقول الكندى الاباضى « ولا تجوز هبة الدين لأن مافى الذمة معدوم غير موجود ولا يصح فيه القبض. والبراءة فى الدين تصح »[5] ويقول

---

(١) الخرشى وعليه حاشية العدوى ج ٧ ص ١٠٣ ، بلغة السالك والشرح الصغير ج ٢ ص ٢٩٠ الدسوقى والشرح الكبير ج ٤ ص ٩٩

(٢) المغنى ج ٥ ص ٦٥٨ وانظر الإنصاف ج ٧ ص ١٢٧ هداية الراغب ص ٤١٢ كشاف القناع ج ٤ ص ٣٠٤

(٣) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٤٠٠ ، وانظر المهذب ج ١ ص ٥٤٨ ، روضة الطالبين ج ٥ ص ٣٧٤ شرح المنهج وحاشية الجمل ج ٣ ص ٥٩٧ ، نهاية المحتاج ج ٥ ص ٤١٣ ، ٤١٤ ، تحفة المحتاج ج ٦ ص ٣٠٤ ، ٣٠٥ الأشباه للسيوطى ص ١٨٩

(٤) هم الذين يسكنون المشرق كاباضية سلطنة عمان .

(٥) المصنف ج ٢٧ ص ١٦٧ ، ومن لايشترط القبض فى الهبة صحيحاً، شرح النيل ج ١٢ ص ١١ ، ١٢ ، الإيضاح ج ٨ ص ٩٦ . المصنف ج ٢٧ ص ٢١٤ ، ٢١٥

ابن حزم « ومن كان له عند آخر حق فى الذمة دراهم أو دنانير أو غير ذلك أو أى شىء كان فقال له : قد وهبت لك مالى عندك ، أو قال قد أعطيتك مالى عندك ... فلا يلزم شىء من ذلك »[1] ثم استدرك فقال « وإنما يجوز هذا بلفظ الإبراء ، أو العفو ، أو الإسقاط ، أو الوضع ، ويجوز أيضاً بلفظ الصدقة »[2] فالممنوع عنـــد الاباضية وابن حزم أن يكون بلفظ الهبة أو العطية . أمـا بلفظ الإبراء ونحوه فيجوز واستدل ابن حزم ومن وافقه بأن ما فى الذمة معدوم غير موجود ولا يصح فيه القبض الذى هو شرط الهبة حيث لا عين موجودة قال ابن حزم : والمعدوم ليس شيئاً ولو كان شيئاً لكان الله عز وجل لم يزل والأشياء معه[3] .

واعترض بقوله تعالى « لأهب لك غلاما زكيا »[4]

وأجاب ابن حزم بأن أفعال الله تعالى وهباته لا يقاس عليها أفعال خلقه ولا هباتهم لأنه تعالى لا آمر فوقه ولا شرع يلزمه بل يفعل مايشاء لا معقب لحكمه فكيف وذلك الغـــلام الموهوب مخلوق مركب من نفس موجودة قد تقدم خلقها ومن تراب وما تتغذى به أمه قد تقدم خلق كل ذلك وكذلك الهواء وقد أحاط الله علما بأعيان كل ذلك بخلاف خلقه والكل ملكه بخلاف خلقه[5] .

---

(١) المحلى حـ ٩ صـ ١١٧ مسألة ١٦٢٤

(٢) المرجع السابق .

(٣) المحلى حـ ٩ صـ ١١٦ مسألة ١٦٢٥ ، صـ ١١٧ مسألة ١٦٢٦ ، المصنف حـ ٢٧ صـ ١٦٧

(٤) مريم / ١٩

(٥) المحلى حـ ٩ صـ ١١٧ مسألة ١٦٢٦

أقول : أن الذى بين ابن حزم ومن وافقه ، وبين الجمهور إنما هو خلاف لفظى ذلك أن جمهور الفقهاء يرى أن هبة الدين لمن هو عليه « إبراء »[١] وإن كان بلفظ الهبة ، فالعبرة بالقصود والمعانى لا بالألفاظ والمبانى ، بل إن الحنابلة قالوا : فلو قصد الهبة حقيقة لم يصح لانتفاء معنى الاسقاط[٢] فى الهبة ، ولانتفاء شرط الهبة وهو القبض[٣] .

أما ابن حزم فإنه يرى أن لكل تصرف لفظاً خاصاً ورد به الشرع فهو متمسك بظاهر اللفظ . ومن ثم فإن مامعنا يصح بلفظ الإبراء ونحوه ولايصح بلفظ الهبة أو العطية . فالنتيجة واحدة والخلاف لفظى . وإنما يظهر الخلاف بينه وبين من يرى أنه هبة حقيقية كالكاسانى الحنفى لأن الهبة تمليك وتحتاج إلى قبول ، أما الإبراء فاسقاط لايحتاج إلى قبول عند فريق من الفقهاء . وقد ذكر السيوطى الفرق بين الهبة والإبراء فقال « افترقا فى أمور ، الأول : شرط فى الهبة القبول ولا يشترط الإبراء على الأصح . الثانى : له الرجوع فيما وهبه لفرعه[٤] ولو أبرأه فلا رجوع »[٥] .

---

(١) وإنه اختلفوا فى الإبراء هل هو تمليك أو إسقاط .

(٢) الإبراء عندهم إسقاط على الصحيح من المذهب .

(٣) كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٠٤ ، الإنصاف جـ ٧ ص ١٢٧

(٤) قيد الرجوع بالفرع لأن الشافعية لا يجيزون الرجوع فى الهبة إلا للوالد فيما وهبه لولده .

(٥) لأن الإبراء فى هذا الفرع إسقاط على الأصح والساقط لا يعود. وسيأتى عن الإمام النووى أنه لا رجوع فى الإبراء حتى على القول بأنه تمليك ، الأشباه للسيوطى ص ٥٥٣ ، وانظر تكملة ابن عابدين جـ ٣ ص ٣٤٧ « الأصح أن الهبة تمليك ، والإبراء إسقاط » .

المبحث الثالث

تكييف الإبراء وأثر

هذا التكييف على القبول والرد

وفيه ثلاثة مطالب: المطلب الأول: تكييف الإبراء، المطلب الثاني: موقف الفقهاء من القبول في الإبراء، المطلب الثالث: أثر الخلاف في القبول.

المطلب الأول

تكييف الإبراء

اختلف الفقهاء في طبيعة الإبراء وتكييفه هل هو إسقاط أم تمليك أم هو دائر بينهما؟ . للفقهاء في هذا الصدد ثلاثة أقوال .

القول الأول: أن الإبراء إسقاط، وهو قول للحنفية رجحه بعضهم[1] وقول مرجوح عند المالكية[2] والأظهر عند الشافعية وعليه

---

(1) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٥٣، ٣٦٠، ٣٦٧، دار إحياء التراث العربي الدر المختار وتكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٩٥، ٣٢٣، ٣٤٥، ٣٤٧ ط دار إحياء التراث العربي، الأشباه لابن نجيم ص ١٤٣ .

(٢) شرح الخرشي وعليه حاشية العدوي جـ ٧ ص ١٠٣، دار صادر بيروت الشرح الصغير وبلغة السالك جـ ٢ ص ٢٩ ط . دار الفكر، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٩٩ ط . عيسى الحلبي .

المذهب[1] وقول للاباضية خصوصاً من لا يشترط القبول فى الهبة[2] وقول بعض الزيدية[3] وبعض فقهاء عصرنا[4] وبه قال الحنابلة فى صحيح المذهب وهو المنصوص وعليه جماهير الأصحاب[5]. ومن ثم فإن هذا الفريق قد أعطى مسائل الإبراء أحكام الإسقاط. وللإمعان فى كونه إسقاطاقال الحارثى من الحنابلة : ولهذا لو وهبه دينه هبة حقيقة لم يصح لانتفاء معنى

= الفروق جـ ٢ ص ١١١ . تهذيب الفروق بهامشه جـ ٢ ص ١٣٦ ، ط عالم الكتب .

(١) المهذب جـ ١ ص ٤٤٨ ط . دار الفكر . تكملة المجموع جـ ١٥ ص ٣٧٦ . تحفة المحتاج وعليها الشروانى والعبادى جـ ٦ ص ٣٠٤ ، ٣٠٥ ط دار الفكر ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٠ ط . دار الفكر . روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٧٤ ، ٣٧٥ . دار الكتب العلمية .

حاشية الجمل على شرح المنهج جـ ٣ ص ٥٩٧ ط . دار الفكر . الاشباه للسيوطى ص ١٨٩ ، عيسى الحلبى نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسى جـ ٥ ص ٤١٣ ، ٤١٤ .

(٢) شرح النيل جـ ١٢ ص ١١ ، ١٢ ط . الإرشاد . جدة ، الايضاح جـ ٨ ص ٩٦ ، ط . وزارة . التراث بسلطنة عمان .

(٣) البحر الزخار جـ ٥ ص ٢٩٦ ، ٢٩٧ .

(٤) على فكرى فى المعاملات المادية والأدبية جـ ٢ ص ٢٩٥ ، ٢٩٦ . أحمد أبو الفتح فى المعاملات الشرعية جـ ١ ص ١٣٣ ، على الخفيف فى أحكام المعاملات ص ٢٦٣ محمد سلام مذكور فى المدخل للفقه الإسلامى ص ٧١٤ ، ٧١٥ .

(٥) المغنى جـ ٥ ص ٦٥٨ : الإنصاف جـ ٧ ص ١٢٧ ، ١٣٠ . هداية الراغب ص ٤٢٣ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٠٤ .

الإسقاط وانتفاء شرط الهبة أي لانتفاء حقيقة الملك(١) ولما كانت الهبة تمليك عين فإنه إن حلف لايهبه فأبرأه لم يحنث لأن الهبة تمليك عين أما الإبراء فإسقاط(٢) .

القول الثاني : أن الإبراء تمليك لما فى ذمة المدين وليس بإسقاط وهو قول للحنفية رجحه بعضهم ، وهو المشهور والراجح عند المالكية ، وهو قول بعض الأصحاب فى مذهب الشافعى ، وقول عند الحنابلة جزم به جماعة كما قال المرداوى ، وقول عند الاباضية ، وهو لبعض الزيدية(٣) .

ودليل إفادته التمليك هو التصرفات التى أتى الابراء فى صورتها وهى الهبة والوصية والصدقة والعطية(٤) فإنها تصرفات ناقلة للملكية للحقوق فلولم يفد الإبراء التمليك لما صح مجيئه فى صور هذه التصرفات ؟ .

القول الثالث: أن الإبراء يدور بين الاسقاط والتمليك فهو إسقاط من وجه ، وتمليك من وجه وبه قال بعض الحنفية الذين نظروا للابراء بنظرتين أنه تمليك من وجه ومن ثم فإنه يرتد بالرد ، والثانية أنه إسقاط من وجه وفائدته أنه لايحتاج لقبول . يقول ابن عابدين « وكونه أى الإبراء يتم من غير قبول فلما فيه من معنى الإسقاط ولكنه يرتد بالرد لما

---

(١) كشاف القناع السابق .

(٢) الإنصاف للمرداوى جـ ٧ ص ١٢٧ نقله عن المغنى .

(٣) أنظر مصادر القول الأول فى كل مذهب .

(٤) راجع صيغة الإبراء فى المطلب الرابع المبحث الأول .

(٥) لاحظ نظرية الإسقاط ص ١٨ . د/ عبدالرحمن محمد ، وانقضاء الالتزام دون وفاء بالإبراء ص ١٤ د/ محمود عوض سلامة .

فيه من معنى التمليك[1] .

وتوجيه هذا الرأى : أن الإبراء يمكن اعتباره تمليكا لأن صاحب الحق فى الدين عند ما يبرىء مدينه من الدين الذى له عليه لا يمحو هذا الدين من ذمته إذ ليس فى استطاعته ذلك وإنما كل الذى يستطيع فعله هو النزول عن ذلك الدين للمدين وعدم مطالبته به ، ومن هنا فإن المدين تستقر يده وتثبت على مقدار هذا الدين فتزداد به ثروته لأن الدين بالإبراء صار أصلا من أصول هذه الثروة ، وهذا هو « التمليك » .

ومن ناحية أخرى يمكن اعتبار الإبراء إسقاطا لأنه بالنظر إلى الدائن نجده قد تخلى عن جزء من ماله بإزالته ورفعه عن المدين فلم يبق من أصول ثروته بعد أن كان كذلك قبل الإبراء . وهذا هو « الإسقاط »[2] .

وقد ترتب على الاختلاف فى تكييف الإبراء اختلاف آخر فى مدى احتياج الابراء إلى قبول المدين : وهذا الاختلاف سنذكره فى المطلب التالى : —

---

(١) تكملة ابن عابدين ج٢ ص٣٤٧ وحاشية الدر المختار . وانظر ص٢٩٥، ٣٠٠ ومجمع الأنهر ج٢ ص٣٦٦ .

(٢) نظرية الاسقاط فى الشريعة الإسلامية ص٨، ٩ . انقضاء الالتزام دون وفاء بالإبراء والمقاصة التقنية ص٣٩ .

المطلب الثانى

موقف الفقهاء من القبول فى الابراء

الفقهاء مختلفون فى مدى احتياج الإبراء إلى قبول المدين وقد ذكر القرافى هذا الخلاف وسببه فقال « والإبراء من الدين هل يفتقر إلي قبول فلا يبرأ من الديون حتى يقبل أو يبرأ من الديون إذا أبراه وإن لم يقبل خلاف بين العلماء: فظاهر المذهب(١) اشتراط القبول ومنشأ الخلاف هل الإبراء إسقاط والاسقاط لايحتاج إلى القبول كالطلاق والعتاق فإنهما لايفتقران إلى قبول المرأة والعبد ولذلك ينفذ الطلاق والعتق وإن كرهت المرأة والعبد . أو هو تمليك لما فى ذمة المدين فيفتقر إلى القبول كما لو ملكه عينا بالهبة أو غيرها لابد من رضاه وقبوله وكذلك ههنا يتأكد ذلك بأن المنة قد تعظم فى الإبراء وذووا المروآت والانفات يضر ذلك بهم لاسيما من السفلة فجعل صاحب الشرع لهم قبول ذلك أورده نفيا للضرر الحاصل من المنن من غير أهلها أو من غير حاجه(٢) ».

من هذا النص يتضح أن للفقهاء فى هذه المسألة قولان .

القول الأول : أن الإبراء لايفتقر إلى قبول المدين فتبرأ ذمته بصدور الايجاب من الدائن(٣) وهو قول من قال : بأن الإبراء إسقاط وهو قول

---

(١) أى مذهب المالكية فالقرافى من المالكية.

(٢) الفروق ج ٢ ص ١١١ إدرار الشروق مطبوع بهامش الفروق ج ٢ ص ١٣٦ .

(٣) أى ينعقد بالإرادة المنفردة هي إرادة الدائن وحده .

للحنفية رجحه بعضهم[١] وقول مرجوح للمالكية[٢] وهو قول الشافعية في المذهب وهو المعتمد[٣] وقول الحنابلة في الراجح[٤] والإباضية أيضاً في الراجح[٥] وبعض الزيدية[٦].

وإليك بعض النصوص الدالة على ذلك.

فعند الحنفية «لو وهب العين من الغريم لم يفتقر إلى القبول»[٧]

---

(١) مجمع الأنهر حـ ٢ ص٣٥٣، ٣٦٧ تكملة ابن عابدين حـ٢ ص ٢٩٥، ٣٠٣، ٣٢٣، ٣٤٥، ٣٤٧، الأشباه لابن نجيم ص١٤٣، ١٤٤

(٢) شرح الخرشي حـ٧ ص١٠٣، الشرح الصغير وبلغة السالك حـ٢ ص ٢٩٠، حاشية الدسوقي والشرح الكبير حـ ٤ ص ٩٩، الفروق حـ ٢ ص ١١١ إدرار الشروق حـ ٣ ص ١٣٦ العدوي على الخرشي حـ٧ ص ١٠٣

(٣) المهذب حـ١ ص ٤٤٨، مغنى المحتاج حـ٢ ص٤٠٠، تحفة المحتاج حـ٦ ص ٣٠٤، ٣٠٥، روضة الطالبين حـ ٥ ص ٣٧٤، ٣٧٥، حاشية الجمل حـ٣ ص ٥٩٧، نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسي حـ ٥ ص ٤١٣، ٤١٤، تكملة المجموع حـ ١٥ ص ٣٧٦، أشباه السيوطي ص ١٨٩، ٥٥٣

(٤) المغني حـ ٥ ص ٦٥٨، الإنصاف حـ ٧ ص ١٢٧ هداية الراغب ص ٤١٢، كشاف القناع حـ٤ ص ٣٠٤

(٥) شرح النيل جـ١٢ ص ١١، ١٢، الإيضاح حـ ٨ ص ٩٦

(٦) البحر الزخار حـ ٥ ص ٢٩٦، ٢٩٧

(٧) مجمع الأنهر حـ ص ٣٥٣

وفى التنوير «هبة الدين ممن عليه الدين وابراؤه عنه يتم من غير قبول»[١] وفى التتار خانية «رجل مات فوهبت له امرأته مهرها جاز لأن قبول المديون ليس بشرط»[٢].

وقال فى البحر : «هبة الدين عن عليه ابراء وهو تمليك من وجه فيرتد بالرد، واسقاط من وجه فلا يتوقف على القبول»[٣].

وفى ابن عابدين «والإبراء يتم من غير تصريح بالقبول فيكون صريحاً ودلالة، ومن المشايخ من جعل هبة الدين كالإبراء فتتم بلا تصريح قبول»[٤].

وعند المالكية «وحاصله أنه اختلف فى الإبراء فقيل إنه نقل للملك فيكون من قبيل الهبة وهو الراجح، وقيل إنه إسقاط للحق فعلى الأول يحتاج لقبول[٥] وعلى الثانى لا يحتاج له كالطلاق والعتق فإنهما من

---

(١) المرجع السابق .

(٢) تكملة ابن عابدين حـ٢ ص٣٠٤

(٣) المرجع السابق ص٢٤٥

(٤) المرجع السابق ص٣٥١ ، ٣٥٢

(٥) فلو ملته صاحب الدين قبل أن يقبل من هو عليه فإن الإبراء يبطل ويرجع للورثة، حاشية العدوى على الخرشى حـ٧ ص١٠٣، ويرى المالكية أن من عليه دين إذا وهب له وحصل منه القبول فى حال مرض الواهب فإن الهبة تصح ويصح حوزه فالقبول قبل مانع الموت كاف فى صحة الهبة . الخرشى والعدوى حـ٧ ص١٠٣ ، الدسوقى والشرح الكبير حـ٤ ص١٠٣ بلغة السالك والشرح الصغير حـ٢ ص٣٢١

قبيل الإسقاط فلا تحتاج المرأة لقبول نص العصمة ، ولا العبد لقبول الحرية »[١] .

وعند الشافعية يقول النووى « إذا وهب الدين لمن هو عليه فهو إبراء ولا يحتاج إلى القبول على المذهب . وقيل : يحتاج اعتبارا باللفظ »[٢] .

وعند الحنابلة يقول ابن قدامة « إذا كان له فى ذمة إنسان دين فوهبه له أو أبرأه منه ، أو أحله منه صح وبرئت ذمة الغريم منه وإن رد ذلك فلم يقبله »[٣] قال المرداوى « وهو الصحيح من المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب . وقيل : يشترط القبول »[٤] .

وعند الإباضية يقول أطفيش « وتصح هبة دين لغريم وكذا كل ما بذمة يوهب لمن هو فى ذمته وتصح عند من لم يشترط القبول والقبض بالأولى »[٥] ويقول الشماخى « هبة الدين للمديون فلا بأس فمن اشترط فيها القبول دون القبض فهى عنده تصح بالقبول »[٦] .

---

(١) حاشية الدسوقى حـ ٤ ص ٩٩ . بلغة السالك حـ ٢ ص ٢٩٠ . قوله : كالطلاق . فإنه إسقاط للعصمة لأنه لم ينقلها للزوجة . قوله : والعتق . فإنه إسقاط للملك ولم ينقله للعبد . حاشية العدوى حـ ٧ ص ١٠٣

(٢) روضة الطالبين حـ ٥ ص ٣٧٤

(٣) المغنى حـ ٥ ص ٦٥٨

(٤) الإنصاف حـ ٧ ص ١٢٧ ولاحظ ص ١٣٠

(٥) شرح النيل حـ ١٢ ص ١١، ١٢

(٦) الإيضاح حـ ٨ ص ٩٦

وعند الزيدية « والإبراء إسقاط للدين لا تمليك إذ لا يفتقر إلى قبول ... بل تمليك إذ يبطل بالرد »[١] .

اعتراض وجوابه والاستثناء .

أورد ابن عابدين اعتراضاً على هذا القول من بعض فقهاء مذهبه ثم أجاب عنه قال : إن قلت هذا منقوض بدين الصرف والسلم فإن رب الدين إذا أبرأ المديون منه أو وهبه له توقف على قبوله . قلت : أجيب عنه بأن توقفه على ذلك لا من حيث أنه هبة الدين بل من حيث أنه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخه فلهذا توقف فإذا أبرأه عن أحد بدلى الصرف أو عن رأس مال السلم يتوقف على القبول لما علمت من كونه موجبا للفسخ فيهما لا لكونه هبة[٢] .

أما الاستثناء فقد بينه ابن عابدين وغيره فقال : ثم قولهم أن الإبراء لا يتوقف على القبول : يستثنى منه ما إذا أبرأ رب الدين بدل الصرف والسلم أو وهبه له يتوقف على القبول لأن البراءة عنه توجب إنفساخه لفوات القبض المستحق بعقد الصرف والسلم ولا ينفرد أحدهما بفسخه فلا بد من قبوله[٣] .

القول الثانى : لابد من القبول فى الإبراء ومن ثم لا تبرأ ذمة المدين

---

(١) البحر الزخار جـ ٥ ص ٢٩٦، ٢٩٧ .

(٢) تكملة ابن عابدين حـ ٢ ص ٣٤٧ .

(٣) المرجع السابق ص ٣٤٥ . وانظر الأشباه لابن نجيم ص ١٤٣، ١٤٤ . ولاحظ نظرية العقد ص ٢٥، ١٢٦ . د / محمود شوكت العدوى .

إلا إذا قبل، وبه قال المالكية فى ظاهر المذهب وهو المشهور والراجح عندهم . وقال به الحنابلة فى وجه ذكره المرداوى، والشافعية فى وجه قال به بعض الأصحاب، وهو قول لبعض الإمامية، وبعض الحنفية، وبعض الزيدية[١] .

الأدلة :

دليل القول الأول : استدل من قال بأن القبول ليس بشرط فى الإبراء . بأن الدائن قد تصرف فى حق من حقوقه فيجب أن يتم بإرادته وحده . وبأن هبة الدين للمدين من قبيل الإسقاطات وهى لا تتوقف على القبول[٢] كالطلاق والعتق[٣] وكالعفو عن الشفعة والقصاص ولأن الإبراء من الدين إسقاط حق ليس فيه تمليك مال بخلاف الهبة[٤] وكحد القذف[٥] .

---

(١) راجع مصادر القول الأول فى كل مذهب .

(٢) مجمع الأنهر حـ ٢ ص ٣٦٧ . تكملة ابن عابدين حـ ٢ ص ٢٩٥ ، ٢٩٧ ، ٣٠٢، ٣٠٣، ٣٢٣، ٣٤٥، ٣٤٧ . الأشباه لابن نجيم ص ١٤٣ ، ١٤٤

(٣) بلغة السالك حـ ٢ ص ٢٩٠ . الفروق وتهذيبه حـ ٢ ص ١١١ ، ١٣٥، حاشية الدسوقى حـ ٤ ص ٩٩ . حاشية العدوى حـ ٧ ص ١٠٣ . المهذب حـ ١ ص ٤٤٨ . مغنى المحتاج حـ ٢ ص ٤٠٠ تحفة المحتاج حـ ٦ ص ٣٠٤ ، ٣٠٥ ، نهاية المحتاج حـ ٥ ص ٤١٣، ٤١٤ . روضة الطالبين حـ ٥ ص ٣٧٥ حاشية الجمل حـ ٣ ص ٥٩٧ . هداية الراغب ص ٤١٢ . المغنى حـ ٥ ص ٦٥٨. كشاف القناع حـ ٤ ص ٣٠٤

(٤) المراجع السابقة للشافعية والحنابلة .

(٥) المراجع السابقة للحنابلة .

دليل القول الثاني : استدل من قال باشتراط القبول فى هبة الدين ممن هو عليه بأن ذلك نقل للملك فيكون من قبيل الهبة(١) ولأنه تبرع يفتقر إلى تعيين المتبرع عليه فافتقر إلى قبوله كالوصية والهبة . ولأن فيه التزاما منه فلم يملك من غير قبوله كالهبة(٢) ولأن المنة قد تعظم فى الإبراء وذووا المروآت والأنفات يضر ذلك بهم لا سيما من السفلة فجعل صاحب الشرع لهم قبول ذلك أورده نفيا للضرر الحاصل من المنن من غير أهلها أو من غير حاجة(٣) . ولهذا المعنى الأخير رجح القرافى هذا القول(٤) لكن هذا المعنى كما يرى البعض(٥) لا يوجب أن يكون الإبراء متوقفا على القبول فإن المدين يمكنه دفع ضرر المن برد الإبراء كما قال بذلك الحنفية فهو يرتد بالرد من المدين عندهم لما فيه من معنى التمليك وليس لأحد أن يدخل شيئاً فى ملك أحد دون رضاه(٦) .

وقد ترتب على هذا الخلاف الأثر الآتى فى المطلب التالى :

---

(١) أى قياسا على الهبة لأن كلا من الهبة والإبراء تمليك ، الفروق وتهذيبه حـ ٢ ص ١١١ ، ١٣٦ شرح الخرشى حـ ٧ ص ١٠٣ . بلغة السالك حـ ٢ ص ٢٩٠ . حاشية الدسوقى حـ ٤ ص ٩٩

(٢) المهذب حـ ١ ص ٤٤٨ . روضة الطالبين حـ ٥ ص ٣٧٥ . نهاية المحتاج حـ ٥ ص ٤١٣، ٤١٤

(٣) الفروق وتهذيبه حـ ٢ ص ١١١، ١٣٦ «الفرق التاسع والسبعون» .

(٤) المرجع السابق .

(٥) ا . د / محمود شوكت العدوى فى نظرية العقد ص ٢٦

(٦) المرجع السابق .

المطلب الثالث

أثر الخلاف فى القبول

يرتبط بالخلاف السابق فى القبول أثر هام هو هل يرتد الإبراء بالرد أم لا يرتد ؟ . من قال بأنه إسقاط ولا حاجة فيه للقبول قال : لا يرتد بالرد لأن الساقط لا يعود . أما من قال بأنه تمليك أو فيه معنى التمليك ومن ثم يحتاج إلى القبول قال يرتد بالرد من المدين .

يقول ابن قدامة « وبرئت ذمة الغريم منه وإن رد ذلك فلم يقبله لأنه إسقاط فلم يفتقر إلى القبول كإسقاط القصاص والشفعة وحد القذف وكالعتق والطلاق »[1] .

ويقول النجدى « وتصح البراءة من الدين بكل لفظ دل على البراءة... ولو لم يقبل البراءة لأنها لا تفتقر إلى قبول كعتق وطلاق ، وكذا لو رد مدين بخلاف هبة العين لأنه تمليك »[2] ويقول البهوتى معللا « ويصح الإبراء من الدين ولو لم يقبله المدين لأنه إسقاط حق فلا يتوقف على قبول كاسقاط القصاص والشفعة ، وكذلك لو رده يصح أيضاً لأنه لو ارتد بالرد للزم وجوب الاستيفاء أو بقاء الحق وهو ممتنع »[3] .

فالحنابلة يرون أنه لا يرتد بالرد للمعانى التى ذكروها . وعند الزيدية قول كقول الحنابلة . وقول آخر بأنه تمليك إذ يبطل بالرد أى يرتد

---

(١) المغنى حـ ٥ ص ٦٥٨ وانظر كشاف القناع حـ ٤ ص ٣٠٤ الانصاف حـ ٧ ص ١٢٧

(٢) هداية الراغب ص ٤١٢

(٣) كشاف القناع حـ ٤ ص ٣٠٤

بالرد[١] ومن قال يرتد بالرد المالكية فى ظاهر المذهب ومقابله لا يرتد بالرد[٢] والشافعية عندهم القولان . يقول الشيرازى معللا « من وجب له على رجل دين جاز له أن يبرأه من غير رضاه . ومن أصحابنا من قال لا يكون إلا بقبول من عليه الدين لأنه تبرع يفتقر الى تعيين المتبرع عليه فافتقر الى قبوله كالوصية والهبة ، ولأن فيه التزاما منه فلم يملك من غير قبوله كالهبة ، والمذهب الأول لأنه اسقاط حق ليس فيه تمليك مال فلم يعتبر فيه القبول كالعتق والطلاق والعفو عن الشفعة والقصاص »[٣] .

فالراجح عند الشافعية أنه لا يرتد بالرد لعدم حاجته الى قبوله لكونه اسقاطا . ولذلك يقول السيوطى فى القاعدة الثامنة « والترجيح مختلف فى الفروع ... ومنهـــا ارتداد الإبراء بالرد ، والأصح فيه الإسقاط فلا يصح »[٤] أى فلا يصح ارتداده بالرد .

الحنفية اختلفت نظرتهم فمن قال بأنه اسقاط قال : لا يرتد بالرد ومن قال بأنه تمليك قال يرتد بالرد فى المجلس ومن قال بأنه دائر بين الإسقاط والتمليك قال يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك ، وهل يتقيد بالمجلس ؟ خلاف :

يقول ابن عابدين معللا « ولا ترتد هبة الدين ممن عليه لأنها مجاز عن

---

(١) البحر الأنهر ج ٥ ص ٢٩٦ ، ٢٩٧

(٢) راجع مصادر المالكية الواردة فى المطلب السابق حيث ظاهر المذهب أن الإبراء تمليك فيحتاج لقبول ، ومقابله أنه إسقاط فلا يحتاج لقبول .

(٣) المهذب ج ١ ص ٤٤٨

(٤) الأشباه للسيوطى ص ١٨٩

الإسقاط والفرد المجازى لا ينقض »[١] ، وفى البحر أنها ترتد بالرد ولو بعد المجلس لأنها إبراء « قال فى البحر : لأن هبة الدين ممن عليه إبراء وهو تمليك من وجه فيرتد بالرد ولو بعد المجلس على خلاف فيه ، واسقاط من وجه فلا يتوقف على القبول »[٢] .

« وفى الشرنبلالية : ويرتد كل من الإبراء والهبة بالرد ، وقاله ابن شجاع : لا يعمل رده »[٣] .

وفى الدر المختار « هبة الدين ممن عليه الدين وابراؤه عنه يتم من غير قبول لكنه يرتد بالرد فى المجلس وغيره لما فيه من معنى الإسقاط[٤] .

وقيل : يتقيد بالمجلس كذا فى العناية »[٥] قال ابن عابدين : وكون الإبراء يتم من غير قبول فلما فيه من معنى الإسقاط ، ولكنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك »[٦] .

هكذا نجد الخلاف الذى قدمناه عن الحنفية والواجح أنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك ، وهل يتقيد الرد من المدين بالمجلس ؟ قولان

---

(١) تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٢٩٥ .
(٢) المرجع السابق ص ٣٤٥ ، ومجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٦٦ .
(٣) تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٥١ ، ٣٥٢ ،
(٤) قوله (لما فيه من معنى الإسقاط) يعنى وانما صح الرد فى غير المجلس لما فيه من معنى الإسقاط . اذ التمليك المحض يتقيد رده بالمجلس ، تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٥ ، ٣٤٧ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٦٦ .
(٥) الدر المختار للحصكفى ج ٢ ص ٣٤٧ .
(٦) تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٧ .

أظهرهما لا يتقيد به لما فى الإبراء من معنى الإسقاط إذ التمليك المحض هو الذي يتقيد رده بالمجلس . والقول الثانى : يتقيد بالمجلس[1] .

والحاصل عند الحنفية : أن الإبراء عن الدين فيه معنى التمليك ومعنى الإسقاط . وهبة الدين كالإبراء منه فمن حيث الإسقاط لا يتوقف على القبول على خلاف في الهبة ، ومن حيث التمليك يرتد بالرد .

قال فى الصيرفية : رب الدين إذا وهب الدين من المديون فلم يقبل ولم يرد حتى افترقا فجاء بعد أيام ورد الصحيح أنه لا يرتد .

وهذا الاختلاف مبنى على أن الرجحان فى هبه الدين من المديون بطريق الإسقاط أم بطريق التمليك ؟ فمن قال للتمليك ، قال : يقتصر الجواب على المجلس . ومن قال للإسقاط ، قال : لا يقتصر . لكن ابن عابدين اعترض على ذلك قائلا : ويرد عليه أنه إذا ترجح جانب الإسقاط ينبغى أن لا يرتد مطلقا .

وضعف صاحب العناية القول بالإسقاط . لكن فى الصيرفية أنهما قولان مصححان بمعنى أن القول بالإسقاط وإن كان صحيحا فالقول بالتمليك أصح فيكون تمليكا من وجه ، وإسقاط من وجه .

وهناك من سوى بين هبة الدين ممن هو عليه وبين الإبراء وعزا هذه التسوية إلى زفر[2] .

وهناك مسائل عند الحنفية لا يرتد فيها الإبراء بالرد .

---

(١) الدر المختار جـ ٢ ص ٣٤٧

(٢) تكملة ابن عابدين والدر المختار جـ ٢ ص ٣٤٥ ، ٣٤٧ مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٦

١ — إذا أبرأ المحتال المحال عليه فرده لا يرتد .

٢ —إذا قال المديون ابرئنى فأبرأه .

٣ —إذا أبرأ الطالب الكفيل . وقيل : يرتد .

٤ — إذا قبله المدين ثم رده لم يرتد[1] .

(١) تكملة ابن عابدين السابق . الأشباه لابن نجيم صـ ١٤٣، ١٤٤ .

المبحث الرابع

أحكام وتطبيقات فى هبة الدين والابراء منه

حكم الوجوع عن هبة الدين :

يرى جمهور الفقهاء أنه لا رجوع فى هبة الدين لأن هبة الدين إسقاط والساقط لا يعود . بل إنه يمكن أن نقول : أن من اعتبر هبة الدين إسقاطا قال بعدم صحة الرجوع ومن قال بأنها تمليك أجاز الرجوع لكن النووى من الشافعية قال : أن الرجوع ممتنع فى هبة الدين سواء قلنا أن هبة الدين تمليك أو إسقاط إذ لا بقـــاء للدين فأشبه ما لو وهبه شيئاً فتلف .

وفرق الحنفية فقالوا : أنه لو وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على قبضه وقبل وقبض كان له الرجوع لأن الهبة هنا تمليك لا إسقاط ، أما هبته ممن هو عليه فلا رجوع فيها لأنها إسقاط والساقط لا يعود :

وإليك النصوص الدالة على ذلك .

يقول السيوطى فى أحد فروع القاعدة الثامنة « ومنها : لو أبرأ ابنه[1] عن دينه فليس له الرجوع على قول الإسقاط ، وله على قول

---

(١) يخصون الابن بالذكر لأنه لا رجوع فى الهبة عند الشافعية إلا للأصول من الجهتين .

التمليك. ذكره الرافعى، وقال القويوى: ينبغى أن لا يكون له رجوع على القولين كما لا يرجع إذا زال الملك عن الموهوب »[1] .

وفى موضع آخر قال « ما افترق فيه الهبة والإبراء افترقا فى أمور :

الأول : شرط فى الهبة القبول ، ولا يشترط فى الإبراء على الأصح[2] .

الثانى : له الرجوع فيما وهبه لفرعه، ولو أبرأه فلا رجوع له، وإن قلنا الإبراء تمليك كما ذكره النووى »[3] .

ويقول الخطيب « ومحل الرجوع أيضا فى هبة الأعيان أما لو وهبه ولده دينا عليه فلا رجوع له جزما سواء أقلنا أنه تمليك أم إسقاط إذ لا بقاء للدين فأشبه ما لو وهبه شيئا فتلف »[4] . ويقول الرملى : ولو أبرأه من دين كان له عليه امتنع الرجوع جزما سواء أقلنا أنه تمليك أم إسقاط، إذ لا بقاء للدين فأشبه ما لو وهبه شيئا فتلف »[5] .

وقال المتولى من الشافعية : لو أبرأه من دين ، بنى على أن الإبراء إسقاط أو تمليك ؟ إن قلنا : تمليك ، رجع ، وإلا فلا رجوع . لكن قال النووى

---

(١) الأشباه للسيوطى ص ١٨٩ .

(٢) هذا على الأصح عندهم فى هذا الفرع أن الإبراء إسقاط فلا يحتاج إلى قبول ، ومقابله أن تمليك فيكون هبة فيحتاج إلى قبول .

(٣) الأشباه للسيوطى ص ٥٥٣ .

(٤) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٢ .

(٥) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤١٦ ، ٤١٧ . وانظر تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٣١٠ وما بعدها . وروضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٠ .

ينبغى أن لا يرجع على التقديرين[1] وهو ما جزم به جمهور الأصحاب من الشافعية كما قدمنا ، والمرأة تهب لزوجها الدين الذى عليه لها حتى لا يطلقها صح ذلك ، وهل ترجع ؟ فيه ثلاثة أقوال أصحها ترجع ان طلقها وإلا فلا رجوع لها[2] .

وعند الحنفية جاء فى الدر المختار : وواهب دين ليس يرجع مطلقا .

قال ابن عابدين : أى سواء قبل المديون أو لم يقبل بل سكت فإن سكوته يكون قبولا حكما ، وسواء كان هناك مانع من الرجوع أو لا ، لأنها إسقاط ، والساقط يكون متلاشيا فلا يتحقق الرجوع فيه كالإبراء ، وكما لو هلك الموهوب[3] .

وفى موضع آخر قال : الرجوع إنما يكون فى حق الأعيان لا فى حق الأقوال ، ولو وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على قبضه وقبل وقبض له الرجوع لأن الهبة هنا تمليك لا إسقاط بخلاف هبته ممن هو عليه فلا رجوع فيها لأنها اسقاط ، والساقط لا يعود .

وأطلق الرجوع فى الهبة فانصرف إلى الأعيان فلا رجوع فى هبة الدين للمديون بعد القبول بخلافه قبله لكونه اسقاطا كما فى البحر[1] .

---

(١) روضة الطالبين السابق .

(٢) الإنصاف حـ ٧ صـ ١٤٨ .

(٣) تكملة ابن عابدين حـ ٢ صـ (٣٥ ، ٣٥٢ .

(٤) تكملة ابن عابدين حـ ٢ صـ ٣٢٣ ولاحظ صـ ٢٥٩ ، ٣٤٧ ، ٣٥١ ، ٣٥٢ . ومجمع الأنهر حـ ٢ صـ ٣٥٣ ، ٣٦٠ .

وعند الحنابلة يقول البهوتى : ويشترط لجواز رجوع الأب وصحته فيما وهبه لولده[1] شروط ثلاثة . أحدها : أن تكون الهبة عينا باقية فى ملك الإبن إلى رجوع أبيه فلا رجوع للأب فى دينه على الوالد بعد الإبراء منه لأنه إسقاط لا تمليك ... »[2] .

مات مفلسا فتبرع إنسان بقضاء دينه :

فى الفتاوى : سئل برهان الدين عمن مات مفلسا وعليه دين فتبرع إنسان بقضاء دينه هل يسقط دينه ؟ قال : لا يسقط لأن إسقاط الساقط لا يتصور لأنه يسقط بموته مفلسا ولا يبطل حق المطالبة فى الآخرة . كذا فى التتار خانية[3] .

هبة الدين لورثة المديون .

لو وهب الغريم (الدائن) الدين من الوارث صح بلا خلاف[4] .

فهبة الدين ممن عليه الدين جائزة سواء كان الدين على من وهب له

---

(١) لأن الصحيح عند الحنابلة أنه لا رجوع لغير الأب .

(٢) كشاف القناع جـ ٤ صـ ٣١٣ ، ٣١٤ ولاحظ صـ ٣٠٤ ، ٣٠٥ ، والمغنى جـ ٥ صـ ٦٥٨ وما يليها ، صـ ٦٧٠ وما يليها . وهداية الراغب صـ ٤١٢ ، ٤١٣ ، وانظر فى هذه المسألة للمالكيه . حاشية الدسوقى جـ ٤ صـ ٩٩ ، بلغة السالك جـ ٢ صـ ٢٩٠ ، شرح الخرشى وحاشية العدوى جـ ٧ صـ ١٠٣ ، وللظاهرية . المحلى جـ ٩ صـ ١١٧ مسألة ١٦٢٦ ، وللإباضية : شرح النيل جـ ١٢ صـ ١١ ، ١٢ والمصنف جـ ٢٧ صـ ٢٠١ ، ٢٠٢

(٣) تكملة ابن عابدين جـ ٢ صـ ٣٥٤

(٤) تكملة ابن عابدين جـ ٢ صـ ٣٠٢

حقيقة أو حكما كما لو وهب غريم الميت الدين من وارثه فهى هبة المديون الميت حكما ، ولو رد الوارث الهبة ترتد بالرد خلافا لمحمد . وقد قيل أنه لا خلاف هنا وإنما الخلاف فيما إذا وهبه الميت فرده وارثه .

وفى جامع الفصولين . غريم الميت أبرأ الميت عن دينه فرد وارثه لم يصح رده . ولو وهب لبعض الورثة فالهبة لكلهم ولو أبرأ الوارث صح أيضا كما فى البزازية والوجيز للكردى[1] .

وفى الفتاوى لو أبرأ الغريم أحد الورثة من الدين صح فى نصيبه

وفى نوادر ابن هشام وأيضا فى قاصيخان : رجل عليه دين فمات قبل القضاء فوهب صاحب الدين لوارث المديون صح سواء كانت التركة مستغرقة أم لم تكن لأنه وهب ممن عليه الدين معنى لأنه يملك التركة إن لم تكن مستغرقة بالدين ، وإن كانت فللوارث فيها حق وهو استحسان[2] .

الموت بمثابة القبول . فى الخزانة عقدان يكون الموت فيهما بمثابة القبول فى هبة الدين من المديون إذا لم يقبله حتى مات المديون . والوصية إذا لم يقبلها الموصى له حتى مات الموصى تجب الهبة والوصية[3] .

تمليك المدين بنية الزكاة :

يرى الحنفيـــة أنه إذا نوى فى ذلك التصدق بالزكاة أجزأه كما فى الأشباه[4] .

(١) المرجع السابق ص ٣٤٧
(٢) المرجع السابق ص ٣٥٤
(٣) المرجع السابق .
(٤) تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٨

وقال الحنابلة . يمتنع إجزاؤه عن الزكاة لإنتفاء حقيقة الملك[1] .

وقال الشافعية لا يصح ذلك كالحنابله ، فتمليك المسكين الدين الذى عليه أو على غيره من الزكاة لا يصح لأنه ذلك فيما عليه إبدال وهو لا يجوز وفيما على غيره تمليك وهو لا يجوز أيضا[2] .

وفى الروضة وجه بالصحة . قال: رجل عليه زكاة وله دين على مسكين فوهب له الدين بنية الزكاة لم يقع الموقع لأنه إبراء وليس بتمليك ، وإقامة الابراء مقام التمليك إبدال وذلك لا يجوز في الزكاة ، هكذا قال صاحب التقريب .

قال النووى : ولك أن تقول : ذكروا وجهين فى أن هبة الدين ممن عليه الدين تنزل منزلة التمليك أم هو محض إسقاط ؟ وعلى هذا خرج اعتبار القبول فيها ، فإن قلنا تمليك وجب أن يقع الموقع .

ولو كان الدين على غير المسكين فوهبه للمسكين بنية الزكاة وقلنا تصح الهبة ولا يعتبر القبض أجزأه عن الزكاة ويطالب المسكين والمديون[3] .

---

(١) كشاف القناع ج ٤ ص ٣٠٤ ، الإنصاف ج ٧ ص ١٢٧

(٣) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٤٠٠ ، تحفة المحتاج ج ٦ ص ٣٠٤ ، ٣٠٥

(٣) روضه الطالبين ج ٥ ص ٣٧٤ ، ٣٧٥

أبرأه لمهمة عند الحاكم :

أبرأه عن الدين الذى عليه ليصلح مهمة عند السلطان لا يبرأ وهو رشوة كما فى القنية[1] وهــذا يعنى أنه يشترط لصحة الابراء كونه مشروعا .

الابراء من المجهول :

يرى الحنفية جواز البراءة من المجهول مطلقا جاء عندهم «لوقال: حللنى من كل حق هو لك على ففعل وأبرأ إن كان صاحب الحق عالما به برىء حكما وديانه ، وإن لم يكن عالما به برىء حكما إجماعاء وديانه عند البعض وعليه الفتوى »[2] .

وقال الشافعية فى الأصح بعدم صحة الإبراء من دين مجهول لأنه إزالة ملك لا يجوز تعلقه على الشرط فلم يجز مع الجهالة كالبيع والهبة[3] إلا أنه إذا أراد ذلك قال: أبرأتك من درهم إلى ألف لأن الجهالة إنما منعت لأجل الغرر فاذا رضى بالجلة فقد زال الغرر وصحت البراءة[4] ومقابل الأصح عند الشافعية جواز البراءة من المجهور لأن الابراء إسقاط. يقول السيوطى

(١) تكملة ابن عابدين ح ٢ ص ٣٥٦

(٢) أحكام المعاملات للشيخ على الخفيف ص ٢٦٣ ، المعاملات الشرعية لاحمد أبو الفتوح ح ١ ص ١٣٣ الأشباه للسيوطى ص ١٨٩ تكمله ابن عابدين ح ٢ ص ٣٠٢ . ولا حظ المغنى ح ٥ ص ٦٥٩

(٣) المهذب ح ١ ص ٤٤٨ ، الأشباه للسيوطى ص ١٨٩

(٤) المغنى ح ٥ ص ٦٥٩

« الابراء مما يجهله المبرىء . والأصح فيه التمليك فلا يصح »[1] .

وفى موضع آخر قال « قاعدة : لا يصح الابراء من المجهول إلا فى صورتين . إبل الدية . وما إذا ذكر غاية يتحقق أن حقه دونها »[2] .

أما الحنابلة فعندهم رواية مرجوحه بعدم الصحة ، والصحيح عندهم صحة الابراء من المجهول . يقول المرداوي « وعنه لا تصح البراءة من المجهول كالبراءة من العيب ذكرها أبو الخطاب كما لو كتمه المبرأ خوفا من أنه لو علمه المبرىء لم يبرئه » وقال الحارثى : ظاهر كلام الخطابى الصحة مطلقا . وهذا أقرب »[3] .

وقيد ابن قدامة الصحة بما إذا لم يكن لهما سبيل إلى معرفته[4] .

واحتج الحنابلة لرواية عدم الصحة بالقياس على البراءة من العيب .

واحتجوا لرواية الصحة بأن النبي ﷺ قال لرجلين اختصما إليه فى مواريث درست « اقتسما وتوخيا الحق ثم استهما ثم تحالا » رواه أبو داود .

---

(١) الأشباه للسيوطى ص ٢٨٩ . يلاحظ أن الأظهر عند الشافعية أن الابراء اسقاط ، ومقابله أنه تمليك وسيأتى بيان ذلك . الا أنه فى عرضهم للمسائل تراهم مرة يرجحون التمليك فى مسألة والاسقاط فى مسألة أخرى فالترجيح مختلف فى الفروع يقول السيوطى « الإبراء هل هو اسقاط أو تمليك قولان والترجيح مختلف في الفروع فنها ... » أشباه السيوطى السابق

(٢) الأشباه للسيوطى ص ٤٩٠

(٣) الانصاف ح ٧ ص ١٢٨ ، ١٢٩

(٤) المغنى ح ٥ ص ٦٥٩

ولأنه إسقاط فصح في المجهول كالعتاق والطلاق، وكما لو قال من درهم إلى ألف. فانه لو أبرأ رب الدين مدينا من درهم إلى ألف صح الابراء فى الألف وما دونه.

ولأن الحاجة دعية إلى تبرئة الذمة ولا سبيل إلى العلم بها فيها فلو وقف صحة البراءة على العلم لكان سد الباب عفو الانسان على أخيه المسلم وتبرئة ذمته فلم يجز ذلك كالمنع من العتق(١).

وذكر البهوتى: أنه يصح الابراء من المجهول ولو لم يتعذر علمه لأنه إسقاط حق فينفذ مع العلم والجهل كالعتق والطلاق. وسواء فى ذلك الجهل منهما أى من رب الدين والمدين، أو كان مجهولا لأحدهما وسواء جهلا قدره، أو جهلا وصفه، أو جهلا القدر والوصف.

وظاهر كلام الأصحاب عند الحنابلة عموم صحة الابراء من المجهول فى جميع الحقوق المجهولة لكن لو جهله رب الدين وعلمه من عليه الحق وكتمه المدين عن رب الدين خوفا من أن رب الدين لو علم الدين لم يبرئه منه لم تصح البراءة لأن فى ذلك تغريرا للمبرىء وقد أمكن التحرز منه.

قال القاضى محب الدين بن نصر الله: الابراء من المجهول عندنا صحيح لكن هل هو عام فى جميع الحقوق أو خاص بالأموال ظاهر كلامهم أنه عام وقدمه صاحب الفروع(٢).

---

(١) الانصاف ح ٧ ص ١٢٨، ١٣٠، كشاف القناع ح٤ ص ٣٠٤، ٣٠٥، المغنى ح ٥ ص ٦٥٩، ٦٦٠ هداية الراغب ص ٤١٢

(٢) المراجع السابقة

ومن صور الابراء من المجهول لو كان له على إنسان دينان وأبرأ من أحدهما لا بعينه أو كان له دينان على شخصين وأبرأ أحدهما لا بعينه صح ويرجع إلى المبرىء بالبيان قاله الحارثى والحلوانى .

قال فى التنقيح : والمذهب لا يصح الابراء مع إبهام المحل كأبرأت أحد غريمى ، أو من أحد دينى كما لو قال : وهبتك أحد هذين العبدين أى قياسا على الهبة : لأن الهبة تقتضى وجود معين وهو منتف هنا ، وكما لو قال : ضمنت لك أحد الدينين[1] .

أبرأه ويعتقد أن لا شيء عليه :

إن أبرأه من الدين ونحوه بأن وهبه له أو تصدق عليه أو تركه له ويعتقد أن لا شيء له عليه كقوله : أبرأتك من مائة يعتقد عدمها ثم تبين أنه كان له عليه فهل تصح البراءة ؟ قولان .

القول الأول : تصح البراءة كما تصح من المعلوم لأنها صادفت ملكه فأسقطته كما لو علمها .

القول الثانى : لا تصح لأنه أبرأه مما لا يعتقد أنه عليه فلم يكن ذلك ابراء فى الحقيقة .

وأصل القولين ما لو باع ما لا كان لمورثه يعتقد أنه باق لمورثه وكان مورثه قد مات وانتقل ملكه اليه فهل يصح ؟ فيه وجهان .[2] .

---

(١) كشاف القناع ح ٤ ص ٣٠٥ ، الانصاف ج ٧ ص ١٢٨ ، ١٢٩
(٢) الانصاف السابق ، كشاف القناع السابق ص ٣٠٤ ، المغنى ح ٥ ص ٦٦٠

إبراء الميت من دينه : يصح إبراء الميت من الديون والتبعات[١] .

قال الشيخ أحمد محمد بن بكر : والهبة إنما تجوز للأحياء فقط ، والتبرئة والترك ونزع التبعات تجوز وإن للأموات[٢] ذكر ذلك أطفيش من الأباضية وقال فى موضع آخر : والتبرئة تجوز للأحياء والأموات وكذا الترك ونزع التبعات[٣] .

وفى السراجية : هبة المهر من الزوج الميت تصح إستحسانا[٤] .

وفى قاضيخان : رجل له على آخر دين فبلغه أنه مات فقال : جعلته فى حل أو قال : أبرأته ، ثم ظهر أنه حي ، ليس للطالب أن يأخذ منه لأنه وهب بغير شرط[٥] :

وهل يرتد إبراء الميت برد الوارث؟ خلاف ، والذى عند محمد لا يرتد وهو الذى فى جامع الفصولين « غريم الميت أبرأ الميت عن دينه فرده وارثه لم يصح رده »[٦] .

---

(١) كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٠٤ ، الأنصاف جـ ٧ ص ١٢٨ ، ١٢٩

(٢) شرح النيل جـ ١٢ ص ١٣

(٣) المرجع السابق ص ٣٧

(٤) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٥٦

(٥) المرجع السابق ص ٣٠٣

(٦) المرجع السابق ٣٤٧

تعليق الإبراء بالشرط :

يرى الشافعية عدم صحة تعليق الإبراء على الشرط[١] لأن الراجح عندهم فى هذا الفرع أنه تمليك، يقول السيوطى « ... ومنها : تعليقه، والأصح فيه التمليك فلا يصح »[٢] ، وبه قال الحنابلة نص عليه فيمن قال « إن مت فأنت فى حل » فإن ضم التاء فقال « إن مت فأنت فى حل » فهو وصية، ويتوجه رواية أخرى بالصحة فقد جعل الإمام أحمد رجلا فى حل من غيبته بشرط أن لا يعود، وقال : ما أحسن الشرط، قال المرداوى : فيتوجه فيه روايتان[٣] .

وقال الحنفية لا يصح تعليق الإبراء عن الدين بشرط محض فمن قال لمديونه إذا جاء غد فالدين لك، أو قال إذا جاء غد فأنت برىء من الدين ، أو قال إن أديت إلى نصف الدين فالباقى أى النصف الآخر لك أو قال إن أديت إلى نصفه فأنت برىء من النصف الباقى، أو إن مت بفتح التاء فأنت برىء من الدين أو إن مت من مرضك هــذا ، وإن مت من مرضى هذا فأنت فى حل من مهرى فهو باطل .

وعللوا ذلك بأنه مخاطرة وتعليق[٤] لاحتمال موت الدائن قبل الغد أو قبل موت المديون ونحو ذلك لأن المعنى إن مت قبلى، وإن جاء الغد والدين عليك فيحتمل أن يموت الدائن قبل الغــد أو قبل موت المديون فكان مخاطرة .

---

(١) المهذب ج ١ ص ٤٤٨

(٢) أشباه السيوطى ص ١٨٩ (٣) الإنصاف ج ٧ ص ١٢٩

(٤) الدر المختار ج ٢ ص ٣٤٥ ، مجمع الأنهر وبهامشه الدر المنتقى ج ٢ ص ٣٦٦

قال ابن عابدين : والظاهر أن المراد أنه مخاطرة في مثل إن مت من مرضك هذا ، وتعليق في مثل إن جاء الغد ، والإبراء لا يحتملها[1] ، وعللوا أيضا بقولهم : وإنما بطل بالتعليق على الشرط المحض لما في الإبراء من معنى التمليك ولا يصح تعليق التمليكات بالشرط .

وبعبارة أخرى: لأن الإبراء تمليك من وجه وإسقاط من وجه ولهذا يرتد بالرد، ولا يتوقف على القبول ، والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق ، وهذا تمليك من وجه فلا يجوز تعليقه بالشرط فيبطل[2] :

وقال في البحر : لأن هبة الدين ممن عليه إبراء وهو تمليك من وجه فيرتد بالرد ولو بعد المجلس على خلاف فيه، وإسقاط من وجه فلا يتوقف على القبول ، والتعليق بالشرط مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يصح تعليق التمليكات ولا الإسقاطات من وجه دون وجه ، ولا الإسقاطات من كل وجه لا يحلف بها كالعفو عن القصاص[3] .

قال ابن عابدين شارحا قوله « والتعليق يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها » إشارة إلى أن من الإسقاطات المحضة ما لا يحلف بها أي لا يقبل التعليق بالشرط كالحجر على المأذون ، وعزل الوكيل ، والإبراء من الدين[4] .

---

(١) تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٥

(٢) مجمع الأنهر ومعه الدر المنتقى ج ٢ ص ٣٦٦

(٣) تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٥ ، مجمع الأنهر والدر المنتقى ج ٢ ص ٣٦٦

(٤) التكملة السابق .

هكذا نرى الحنفية يبطلون الإبراء من الدين بالتعليق على الشرط المحض أما التعليق بشرط كائن فيجوز لأنه عندهم تنجيز ففي الدر « الإبراء عن الدين مع التعليق بشرط صريح غير صحيح أما بشرط كائن فيكون تنجيزا »(١) كقوله لمديونه : إن كان لى عليك دين أبرأتك عنه صح ، وكذا قوله إن مت بضم التاء فأنت برىء منه أو فى حل جاز وكان وصية كما فى الخانية وغيرها(٢) ولو قال الطالب لمديونه إذا مت فأنا برىء من الدين الذى لى عليك جاز ويكون وصية من الطالب للمطلوب كما فى المنح(٣) وفى ابن عابدين : وإن قال : إن مت بضم التاء فأنت برىء من الدين صح وان كان تعليقا لأنه وصية وهى تحتمل التعليق(٤) وهذا يتفق مع الحنابلة كما تقدم عندهم(٥) .

قال ابن عابدين : وهذا يقتضى أن المريض اذا قال فى مرضه ان مت من مرضى هذا فعبدى وصية لفلان أنه باطل لأنه مخاطرة ، فلا يصح قوله « ان مت بضم التاء » ، لكن فى الهندية فرق بينهما ونصه لو قال رب الدين : ان مت فأنت فى حل منى فهو جائز ، كذا فى فتاوى قاضيخان ، ولو قال « ان مت فأنت برىء من ذلك » لا يبرأ هو مخاطرة كقوله : ان دخلت الدار فأنت برىء مما لى عليك لا يبرأ ، كذا فى وجيز الكردى .

قال ابن عابدين : والتعليق موجود فى كل .

---

(١) الدر المنتقى جـ ٢ ص ٣٦٦ ، الدر المختار جـ ٢ ص ٣٤٥ .
(٢) المراجع السابقة .
(٣) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٦ .
(٤) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٤٥ .
(٥) ولاحظ الإنصاف جـ ٧ ص ١٢٩ .

والحاصل : أنه انما لم يجز فى الأول وجاز فى الثانى مع أن التعليق موجود فى كل لأن الأول مخاطرة وتعليق ، والثانى وصية[١] .

ولو قال لمديونه : إن كان لى عليك دين أبرأتك عنه وله عليه دين صح الإبراء لأنه تعليق بشرط كائن فيكون تنجيزا[٢] .

والمراد بالشرط الكائن : الموجود حالة الإبراء كما فى المثال السابق ونحوه مما تقدم[٣] .

ولو قال أنت برىء من النصف على أن تؤدى إلى النصف صح لأنه تقييد وليس بتعليق كما ذكر فى التبيين وغيره[٤] ولما ذكر فى باب التعليق أن المعلق « بعلى » هو ما بعدها لا ما قبلها[٥] .

ولو قالت لزوجها المريض : ان مت من مرضك هذا فأنت فى حل من مهرى ، أو قالت : مهرى عليك صدقة فهو باطل لأن هذه مخاطرة وتعليق[٦] .

وعند الاباضية : امرأة قالت لزوجها فى سفرة ان حدث بك موت فأنت برىء مما عليك من صداق ، وان حدث بي حدث موت فأنت برىء والجواب : أن حدث به حدث موت فهو برىء ، وان حدث بها فليس له الا ميراثه[٧] هكذا بدون تعليل للتفرقة بين الحالين .

---

(١) تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٥ ، ٣٤٦

(٢) مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٦٦

(٣) تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٥

(٤) المرجع السابق ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٦٦

(٥) تكملة ابن عابدين السابق .

(٦) مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٦٦ (٧) المصنف ج ٢٧ ص ٢٦١

شرط الخيار فى الإبراء :

إذا أبرأ بشرط الخيار صح الإبراء وبطل الشرط[١] لدخوله فى عموم الإبراء وكذا لو أبرأه عن خصوص شرط الخيار .

وفى باب خيار الشرط أن الشرط يدخل فى الابراء بأن قال: أبرأتك على أنى بالخيار . ذكره فخر الإسلام من بحث الهولة كما فى البحر . قال فى الأشباه : ان الابراء عن الدين يثبت فيه خيار الشرط .

وفى الشرنبلالية عن الواقعات : أنه لو أبرأه عن حقه على أنه بالخيار صح الابراء وبطل الخيار لأن الابراء دون الهبة فى كونه تمليكا ولو وهب عينا على أنه بالخيار صحت الهبة وبطل الخيار فهذا أولى .

ونقل الحموى عن العمادية : لو أبرأه من الدين على أنه بالخيار فالخيار باطل .

وقال فى المنح : ولو أبرأه على أنه بالخيار ثلاثة أيام صح الابراء وبطل الخيار .

وكما تصح الهبة إن اختارها قبل التفرق وسقط الخيار ، فكذلك لو أبرأه عن كل حق له عليه فيشمل حق الخيار فيصح الابراء ويبطل الشرط لدخوله فى عموم الابراء ، وكذا لو أبرأه عن خصوص شرط الخيار .

قال ابن عابدين بعد ذكره لما تقدم : ولعل فى المسألة خلافا ، وبطلان الخيار جزم صاحب الدر[٢] .

---

(١) الدر المختار حـ ٢ ص ٢٩٩ والدر المنتقى ومجمع الأنهر حـ ٢ ص ٣٥٣

(٢) تكملة ابن عابدين حـ ٢ ص ٢٩٩

هبة الدين المشاع :

الحنفية يمنعون صحة هبة المشاع فى الأعيان إذا كان الموهوب مما يحتمل القسمة . أما إن كانت هبة دين فتصح . ففى الفتاوى الحادية : بقرة بين اثنين تراضيا على أن تكون عند كل واحد خمسة عشر يوما يحلب لبنها فهذه مهايأة باطلة . ولا يحل فضل اللبن وإن جعل فى حل إلا أن يستهلك صاحب الفضل فضله ثم جعله فى حل فحينئذ يحل لأن الأول هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فلم يجز . والثانى : هبه الدين وأنه يجوز وإن كان مشاعا[1] .

دفع المدين الدين للواهب بعد هبته لغيره :

إن كانت هبة الدين لغير من هو عليه فقام المدين بدفع الدين للواهب بعد العلم بالهبة ضمن[2] .

أوفاه دينه فأبره منه :

لو أبرأ الدائن المديون بعد إيفاء الدين وقبضه صح ورجع المديون عليه . والأصل فيه أن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها فاذا أبرأ مما فى الذمة بقى ما قبضه لا فى مقابلة شىء فيستحق المطالبة ويلزمه رده إذا طالبه به .

وفى فصول العمادى أن الوجوع بالابراء بعد القبض اختيار شمس الأئمة السرخسى ، والصدر الشهيد. وذكر جواهر زادة أنه لا يرجع وهو اختيار بعض المشايخ والأول أظهر[3] .

---

(١) تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٥

(٢) حاشية الدسوق ج ٤ ص ٩٩ ، بلغة السالك ج ٢ ص ٢٩٠

(٣) تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٥٢

قال فى الأشباه : الابراء بعد قضاء الدين صحيح لأن الساقط بالقضاء المطالبة لا أصل الدين فيرجع المديون بما أداه إذا أبرأه براءة إسقاط، وإذا أبرأه براءة استيفاه فلا رجوع . واختلفوا فيما إذا أطلقها .أ. هـ .

قال ابن عابدين : والحاصل أن الدين وصف فى ذمة المديون والدين يقضى بمثله أى إذا اوفى ماعليه لغريمه ثبت له على غريمه مثل مالغريمه عليه فتسقط المطالبة . فاذا أبرأ غريمه براءة إسقاط سقط مابذمته لغريمه فتثبت له مطالبة غريمه بما أوفاه فقد صحت البراءة بعد الدفع بخلاف ما إذا أبرأه براءة استيفاء لأنها بمعنى إقراره باستيفاء دينه وبأنه لامطالبة له عليه فلا يرجع عليه المديون لعدم سقوط ما بذمته بذلك .

وأما لو أطلق فينبغى فى زماننا حملها عـــلى الاستيفاء لعدم فهمهم غيرها[1] .

غصب عينا فحلله من كل حق :

غصب عينا فحلله مالكها من كل حق هو له قبله، قال أئمة بلخ التحليل يقع على ما هو واجب فى الذمة لا على عين قائم . وعن محمد اذا كان لرجل على آخر مال فقال : قد حللته لك، قال : هو هبة، وإن قال : حللته منه فهو براءة كذا فى الذخيرة[2] .

ولو قال المغصوب منه أنت فى حل مما غصبت منى والمغصوب قائم فذلك على البراءة من ضمانها والعين للمغصوب منه[3] .

(١) المرجع السابق ص ٣٥٢
(٢) تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٥٣
(٣) المرجع السابق ص ٣٠٢، ٣٠٣

هبة أحد الدائنين دينه للمديون :

لو كان لاثنين دين على رجل فقال أحدهما له وهبتك نصيبي جاز فيه وبه يقسط نصيبه بالاتفاق .

وان قال وهبتك نصف الدين مطلقا عن اضافته اليه اختلفت الرواية عن أبي حنيفة .

في رواية ينفذ في الربع كما لو وهبه نصف العبد المشترك فيصرف اليه الهبة أو تصرف الى الكل في اطلاق هبة نصف الدين وهو ظاهر الرواية كما في الشرنبلالية . وكذا قوله أبرأتك عن نصف الدين في ظاهر الرواية .

قال ابن عابدين : وحاصله أنه لو كان لاثنين دين مشترك على شخص فأبرأه أحدهما فتارة يقول أبرأتك من نصيبي فهو كما تقدم يسقط نصيبه اتفاقا .

وتارة يقول وهبتك نصف الدين من غير اضافة وظاهر الرواية أنه كالأول . وقيل يكون ابراء من نصف النصف وهو الربع(١) .

أرادت الزواج ممن طلقها فطلب أن تهبه ما لها عليه :

في فتاوى قاضيخان : المرأة اذا أرادت أن يتزوجها الذي طلقها فقال لها المطلق : لا أتزوجك حتى تهبيني مالك علي فوهبت مهرها على أن يتزوجها فالمهر باق على الزوج تزوجها أو لم يتزوجها لأنها جعلت المال على نفسها عوضا عن النكاح وفي النكاح العوض لا يكون على المرأة(٢) .

---

(١) الدر المختار وتكملة ابن عابدين ح ٢ ص ٣٥٢

(٢) تكملة ابن عابدين ح ٢ ص ٣٥٦

هبة المرأة مهرها لزوجها إذا كان دينا :

المهر قد يكون عينا وقد يكون دينا(١) فإن كان عينا فانه لا يصح فيه الابراء ، لأن الأعيان لا تقبل ذلك أصالة ء(٢) وإن كان دينا فالأبراء اما ان يكون قبل عقد النكاح واما أن يكون بعده .

فإن كان المهر دينا وأبرأت الزوجة زوجها من كل المهر أو بعضه قبل العقد فإن الأبراء لا يصح بلا خلاف بين الفقهاء لأنها أبرأته مما لا تملك حيث أنها لا تملك المهر الا بالعقد(٣) .

أما اذا كان المهر دينا وكان الابراء منه كله أو بعضه بعد العقد فان الابراء يكون صحيحا لأن المهر بعد العقد أصبح حقا خالصا لها فلها أن تتصرف فيه كيفما شاءت(٤) .

ويشترط لصحة هذا الابراء الشروط الآتية :

١ ــ أن يكون المهر دينا لا عينا لأن الابراء في الأعيان لا يصح كما تقدم .

---

(١) الأنصاف ح ٨ ص ٢٢٩ ، كشاف القناع ح ٥ ص ١٢٨ بدائع الصنائع ح ٣ ص ٢٩٥ ، المهذب ح ٢ ص ٥٦ .

(٢) كشاف القناع ح ٥ ص ١٤٥ ، عالم الكتب ، الانصاف ح ٨ ص ٢٦٢ دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بدائع الصنائع ح ٢ ص ٢٩٥ ، دار الكتاب العربي ، بيروت المهذب ح ٢ ص ٥٧ ، ٥٩ ، دار الفكر ، شرح الكنز ح ١ ص ١٢٥ ط أولى ١٣١٥ هـ بولاق

(٣) بدائع الصنائع السابق ، المهذب السابق ص ٥٦ ، ٥٧ كشاف القناع السابق ص ١٤٠ ، الانصاف السابق ص ٢٦١ ، الدسوقي والشرح الكبير ح ٢ ص ٣١٦ الهداية وفتح القدير ح ٢ ص ٢٢٥ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت

(٤) المهذب ح ٢ ص ٥٧ ، البحر الرائق ح ٣ ص ١٥٥

٢ — أن يكون لها أهلية التصرف فيما لها بأن تكون مكلفة رشيدة أى من أهل التبرع لأن الابراء من التبرعات.

٣ — أن يكون الإبراء برضا الزوجة فلو كانت مكرهة لم يصح الإبراء وسنعود لهذا الشرط.

هذه هى الشروط العامة عند الفقهاء لصحة الإبراء، وإليك بعض التفصيل، فعند الحنفية يقول الكاسانى «وأما بيان ما يسقط به كل المهر فالمهر كله يسقط بأسباب ... ومنها الإبراء عن كل المهر قبل الدخول وبعده إذا كان المهر دينا لأن الإبراء إسقاط، والإسقاط ممن هو من أهل الإسقاط فى محل قابل للسقوط يوجب السقوط»(١).

وفى شرح الكنز «وصح حطها أى إسقاطها المهر كلا أو بعضا قبله أولها، لكنه يرتد بالرد» وعلل صحة الحط بقوله «لأنه خالص حقها».

وفى البحر «وصح حطها أى حط المرأة من مهرها لأن المهر فى حالة البقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء، والحط فى اللغة الإسقاط فشمل حط الكل والبعض وشمل ما إذا قبل الزوج أو لم يقبل..» وجاء أيضا «وقيد البدائع الإبراء عن المهر بأن يكون دينا وظاهره أى حط المهر العينى لا يصح لأن الحط لا يصح فى الأعيان»(٢).

فيصح الإبراء بعد العقد دخل بها الزوج أم لم يدخل قبله الزوج أم لم يقبله لكنه يرتد بالرد، وسواء كان الإبراء من كل المهر أو بعضه، ولا بد أن يكون المهر دينا أى دراهم ودنانير، وأن تكون المرأة من أهل التبرع.

وعند المالكية: يلزم الزوجة الإبراء إذا أبرأت زوجها من المهر بعد

(١) بدائع الصنائع جـ ٢ ص ٢٩٥، وانظر الهداية وفتح القدير جـ ٢ ص ٢٢٥ وما يليها.

(٢) شرح الكنز جـ ١ ص ١٢٥، البحر الرائق جـ ٢ ص ١٥٠.

العقد وفرض المهر، لأنها حينئذ تكون قد أبرأته مما تعلم، وكذلك يلزمها الإبراء إذا أبرأته بعد الدخول حتى ولو قبل فرض المهر لأن بالدخول وجب لها مهر المثل «إذ بالدخول وجب لها مهر المثل وحينئذ فابراؤها بعد الدخول لازم لها»[1].

ثم اختلف المالكية فى إبراء الزوجة زوجها من المهر فى نكاح التفويض ونكاح التفويض هو: عقد بلا ذكر مهر أى بلا تسمية مهر، فإذا عين مهرا فنكاح تسمية[2].

والخلاف على قولين:

القول الأول: يلزمها الإبراء لجريان سبب الوجوب وهو العقد.

القول الثانى: لا يلزمها الإبراء لأنها أسقطت حقا لها قبل وجوبه، وهذا القول هو المشهور فى المذهب.

جاء فى الشرح الكبير «لا إن أبرأت الزوجة زوجها فى نكاح التفويض من الصداق أو بعضه قبل الفرض وقبل البناء ثم فرض لها قبل البناء فلا يلزمها أبراؤها لأنها أسقطت حقا قبل وجوبه، أو أسقطت شرطا لها إسقاطه قبل وجوبه وبعد وجود سببه وهو العقد عليها فإنه لا يلزمها الإسقاط ولها القيام به ... وهذا مخالف للمعتمد الذى جزم به فى فصل الرجعة من لزوم الإسقاط، أى ولا قيام لها بشرطها»[3].

قال الدسوقى «وما ذكره من عدم لزوم الإبراء هو المشهور، وقيل: يلزمها لجريان سبب الوجوب وهو العقد»[4].

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣١٦

(٢) المرجع السابق ص ٣١٣، ٣١٤

(٣) الشرح الكبير ج ٢ ص ٣١٦

(٤) الدسوقى على الشرح السابق.

وعند الشافعية: يصح إبراء الزوجة زوجها من المهر كلا أو بعضا إذا كان دينا وكانت جائزة الأمر فى مالها وكان المهر مسمى وليس بفاسد ، فان كان غير مسمى وأبرأته قبل قبضه فالابراء باطل لأنها أبرأته مما لا تعلم، وإن كان مسمى لكنه مهر فاسد فالبراءة باطلة قبضته أم لم تقبضه ، جاء فى الأم «وإذا نكح الرجل والمرأة التى يجوز أمرها فى مالها بصداق غير مسمى أو بصداق فاسد فأبرأته من الصداق قبل قبضه فالبراءة باطلة من قبل أنها أبرأته مما لا تعلم كم وجب لها منه ، ولو سن لها مهرا جائزا فرضيته ثم أبرأته منه فالبراءة جائزة من قبل أنها أبرأته مما عرفت ، ولو سمى لها مهرا فاسدا فقبضته أو لم تقبضه فأبرأته منه ... كانت البراءة باطلة»[1] .

ويقول الشيرازى : وإن كان الصداق دينا فأبرأته منه ثم طلقها قبل الدخول فان قلنا أنه لا يرجع فى الهبة لم يرجع فى الإبراء ، وإن قلنا يرجع فى الهبة ففى الإبراء وجهان أحدهما يرجع كما يرجع فى الهبة ، والثانى لا يرجع لأن الإبراء إسقاط لا يفتقر إلى قبول والهبة تمليك تفتقر إلى القبول[2] .

وعند الحنابلة : يصح إبراء الزوجة زوجها من المهر بعد العقد كله أو بعضه لأنها ملكته فأصبح حقا خالصا لها ، لكن يشترط أن يكون الصداق معلوما كالثمن فى البيع[3] ، فان كان غير معين كقفيز صبرة مثلا لم يدخل فى ضمانها ولم تملك التصرف فيه الا بقبضه كالمبيع[4] .

ومن ثم فانه لا يصح الإبراء، لأنها وان ملكته بالعقد الا أنه لم يدخل فى ضمانها فان دخل فى ضمانها بالقبض صح الإبراء .

---

(١) الأم جـ ٥ ص ٦٧ ، وانظر المهذب جـ ٢ ص ٥٧

(٢) المهذب السابق ص ٥٩

(٣) كشاف القناع جـ ٥ ص ١٣٢ ، الإنصاف جـ ٨ ص ٢٣٦

(٤) الإنصاف السابق ص ٢٦٢

وإذا طلق الزوج قبل الدخول والخلوة وسائر ما يقرر الصداق فأى الزوجين عفا لصاحبه عما وجب له من المهر وهو جائز الإبراء فى ماله بأن كان مكلفا رشيد ابرىء منه صاحبه سواء كان المعفو عنه عينا أو دينا بقوله تعالى « إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح »(١) .

فإن كان المعفو عنه دينا سقط بلفظ الهبة والتمليك والإسقاط والإبراء والعفو والصدقة والترك لا يفتقر اسقاطه إلى قبول كسائر الديون .

وإن كان المعفو عنه عينا كان هبة ، فلا يصح بلفظ الإبراء والإسقاط لأن الأعيان لا تقبل ذلك أصالة(٢) .

وإن أبرأت مفوضة المهر وهى التى تزوجها على ما شاءت أو شاء زيد ونحوه من المهر صح ؛ أو أبرأت مفوضة النكاح — وهى من تزوجت بغير صداق — من المهر صح ، أو أبرأت من سمى لها مهر فاسد — كالخمر والمجهول — من المهر صح الإبراء قبل الدخول وبعده لانعقاد سبب وجوبه وهو عقد النكاح كالعفو عن القصاص بعد الجرح وقبل الزهوق(٣) .

شرط الرضا فى ابراء الزوجة زوجها من المهر .

سبق أن رضا الزوجة شرط فى صحة ابراء زوجها من المهر ، ومن ثم فإن الإبراء لو كان وليد اكراه فإنه لا يصح ولا يحل للزوج لكون

(١) البقرة / ٢٣٧ .
(٢) كشاف القناع جـ ٥ ص ١٤٥ ، الإنصاف جـ ٨ صـ ٢٧٣ وما بعدها .
(٣) كشاف القناع السابق صـ ١٤٧ ، الإنصاف السابق صـ ٢٩٧

الإبراء بلا طيب نفس منها حيث انتفى ما اشترطه القرآن قال تعالى « فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا »[1].

جاء في القنية في الإكراه : خاصم زوجته وإذا ها بالضرب والشتم حتى وهبت الصداق منه ولم يعوضها فالبراءة باطلة[2] .

وسئل أبو جعفر عمن منع امرأته عن المسير إلى أبويها وهي مريضة فقال لها : إن وهبت لي مهرك أبعثك إلى أبويك . فقالت المرأة : أفعل ثم قدمها إلى الشهود فوهبت بعض مهرها وأوصت بالبعض على الفقراء أو غير ذلك ، وبعد ذلك لم يبعثها إلى أبويها ومنعها .

فأجاب قائلا : الهبة باطلة لأنها بمنزلة المكرهة في الهبة[3] .

وعند الحنابلة : إن سأل الزوج امرأته هبة مهرها فوهبته له ثم ضرها فلها الرجوع . أو قال زوج لزوجته : أنت طالق إن لم تبرئيني فأبرأته من من مهرها ثم ضرها بطلاق أو غيره فلها الرجوع فيما وهبته من المهر أو أبرأته منه لأن شاهد الحال يدل أنها لم تطب به نفسا وإنما أباحه الله عن طيب نفس[4] .

هـــذا هو المشهور عن الإمام أحمد فيما لو سأل الزوج زوجته هبة مهرها أو إبراؤه منه . أما إن تبرعت من غير مسألة فلا تملك الرجوع[5]

---

(١) النساء / ٤

(٢) تكملة ابن عابدين حـ٢ ص ٣٥٦

(٣) المرجع السابق .

(٤) أي للآية المتقدمة .

(٥) كشاف القناع حـ ٤ ص ٣١٦ ، ٣١٧ ، هداية الراغب ص ٤١٣

فظاهر هذه الرواية أنه متى كانت مع الهبة قرينة من مسألته لها أوغضبه عليها أو مايدل على خوفها منه فلها الرجوع . وهو قول شريح والشعبي وحكاه الزهري عن القضاة لقول عمر رضي الله عنه « إن النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة ، أيما امرأة أعطت زوجها شيئاً ثم أرادت أن تعتصره فهي أحق به » رواه الأثرم بإسناده(١) .

وعند الاباضية : إن وهبت المرأة لزوجها هبة أو تصدقت عليه بصدقة أو أبرأته من مهرها ثم قالت بعد ذلك : أكرهني . أي أدعت الإكراه وجاءت على ذلك بالبينة فالمختار قبول بينتها وبطلان ماصنعت من هبة أو صدقة أو إبراء لقوله ﷺ « ليس على مكره عقد ولا عهد »(٢) وهو مذهب الربيع . وقال ابن عبد العزيز لا تقبل بينتها ويمضى عليها مافعلت لأن لها حجتها لو أرادت منعه بالجد ، فإذا لم تقم بحجتها فتمنعه مضى صنيعها مختارة له ولو هددها بالطلاق لأن له أن يطلقها فلتفد نفسها من الطلاق ، فإذا خافت الطلاق ووهبت فقد رجحت جانب عدم الطلاق ووهبت إبقاء للزوجية فقد طاب نفسها لذلك .

وعن الزهري فيمن قال لامرأته : هبي لى بعض صداقك أوكله ولم يلبث إلا يسيراً حتى طلقها ثم رجعت فيه أنه يردها إليها إن خابها ، وإن كانت أعطته عن طيب نفس ليس فى شيء من أمره خديعة(٣) .

---

(١) المغنى حـ ٥ ص ٦٨٣ ، ٦٨٤

(٢) وفى معناه مارواه ابن ماجة من أن رجلا من الأنصار يدعى خذا ما أنكح ابنة له . فكرهت نكاح أبيها . فأتت رسول الله ﷺ فذكرت له . فرد عليها نكاح أبيها . فنكحت أبا لبابة بن عبد المنذر .

سنن ابن ماجة حـ ١ ص ٦٠٢ كتاب النكاح رقم / ١٨٧٣ . عيسى الحلبي داراحياء الكتب العربية .

(٣) انظر . شرح النيل حـ ١٢ ص ٨٥ : ٨٧ . الإيضاح حـ ٨ ص ١٢٧ نتائج الأقوال حـ ٢ ص ٧٣ المصنف حـ ٢٧ ص ٢٠٦

وعند الشافعية إن ضرها بطلاق بعد الإبراء كما لو كان الصداق دينا فأبرأته منه ثم طلقها قبل الدخول . خلاف فى الرجوع .

فإن قلنا أنه لا يرجع فى الهبة لم يرجع فى الإبراء . وإن قلنا يرجع فى الهبة ففى الإبراء وجهان .

أحدهما : ترجع كما فى الهبة .

الثانى : لا ترجع لأن الإبراء إسقاط ولا يفتقر إلى القبول . والهبة تمليك تفتقر إلى القبول[1] أى للفرق بين الإبراء والهبة ومن ثم لا يصح قياس الإبراء على الهبة .

والله أعلم

---

(١) المهذب جـ ٢ ص [illegible] ، ولاحظ الأشباه للسيوطى ص [illegible] .

ثبت المراجع

ابن بطال : أحمد بن بطال الركبي . فى النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب مطبوع مع المهذب للشيرازى . ط . دار الفكر « فقه شافعى » .

ابن جزى : أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطى توفى شهيداً فى واقعة طريف عام ٧٤١ هـ وكان مولده فى عام ٦٩٣ هـ . فى القوانين الفقهية « قواعد الأحكام الشرعية » دار الكتاب العربى . بيروت « فقه مالكى »

ابن حجر : شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمى . فى تحفة المحتاج ومعها حاشية الشروانى . وحاشية العبادى . ط دار الفكر « فقه شافعى »

ابن حزم : أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسى . فى المحلى بالآثار . ط . دار الفكر ؛ ط أخرى ١٣٥٠ هـ . « فقه ظاهرى »

ابن رجب : أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب . ت ٧٩٥ هـ فى القواعد فى الفقه الإسلامى . ط مؤسسة نبع الفكر العربى ١٣٩١ هـ — ١٩٧١ م . علق عليه . طه عبد الرؤوف سعد . « فقه حنبلى »

ابن عابدين : محمد أمين الشهير بابن عابدين . ت ١٢٥٢ هـ فى :

١ — حاشية رد المحتار على الدر المختار . ط العثمانية ؛ ط . الأميرية بولاق ط ثالثة « فقه حنفى »

٢ — العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية . ط المنيرية ١٣٠٠ هـ ؛ ط دار المعرفة . بيروت . « فقه حنفى »

ابن عبد السلام : أبو محمد عز الدين عبد العزيز عبد السلام . ت ٦٦٠هـ فى قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ، دار الشرق للطباعة « فقه شافعى »

ابن قدامة : أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسى . ت ٦٢٠ هـ فى المغنى . ط منفردة . مكتبة الرياض الحديثة ، وطبعة أخرى مع الشرح الكبير لأبى الفرج المقدسى . ط دار الفكر « فقه حنبلى »

ابن ماجة : أبو عبد الله محمد بن يزيد القزوينى . ت ٢٧٥ هـ فى سنن ابن ماجة . ط دار إحياء الكتب العربية . عيسى الحلبى . « حديث »

ابن منظور : أبو الفضل جمال الدين محمد بن الإمام جلال الدين الأفريقى المصرى الأنصارى الخزرجى . فى لسان العرب . ط بيروت ١٣٧٥ هـ ، ط الأميرية بولاق ١٣٠١ هـ « لغة »

ابن نجيم : زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم فى :

١ ـ الأشباه والنظائر . ط ١٢٩٨ هـ ، ط مؤسسة الحلبى ١٣٨٧ هـ ـ ١٩٦٨ م .

٢ ـ البحر الرائق شرح كنز الدقائق . ط أولى المطبعة العلمية ، ط دار المعرفة . بيروت . « فقه حنفى »

ابن الشاط : أبو القاسم قاسم بن عبد الله بن محمد الأنصارى . فى إدرار الشروق على أنواء الفروق . مطبوع مع الفروق للقرافى . عالم الكتب بيروت « فقه مالكى »

ابن الهمام : كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى ثم السكندرى . ت ٦٨١ هـ . فى :

١ ـ شرح فتح القدير على الهداية . ط . مصطفى محمد ، وطبعة دار إحياء التراث العربى . بيروت . وبهامشه شرح العناية للبابرتى ، وحاشية سعدى جلبى . والكفاية . « فقه حنفى »

٢ ـ التقرير والتحبير . ط الأميرية بولاق ١٣١٦ هـ « أصول حنفى »

أبو ستة: أبو ستة القصبي النفوسي . حاشية على الإيضاح لعامر الشماخي
ط وزارة التراث القومي والثقافي بسلطنة عمان ١٤٠٤ — ١٩٨٤ م
« فقه إباضي »

أبو زهرة : الإمام محمد أبو زهرة . أصول الفقه ، مطبعة مخيمر ١٩٥٧ م وطبعة دار الفكر العربي .

أبو الفتح : الشيخ أحمد أبو الفتح . المعاملات في الشريعة الإسلامية . ط ثانية ١٩٢٣ م .

البزدوي : أبو الحسن بن محمد حسين البزدوي . أصول البزدوي مطبوع بهامش كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري . ط بيروت ، وطبعة العثمانية ١٣٠٨ هـ « أصول حنفي »

البخاري : عبد العزيز أحمد بن أحمد بن محمد البخاري . ت ٧٣٠ هـ . كشف الأسرار على أصول البزدوي السابق « أصول حنفي »

البهوتي : منصور بن إدريس . كشاف القناع عن متن الاقناع . ط دار الفكر ، وطبعة عالم الكتب . بيروت « فقه حنبلي »

الجرجاني : الشريف علي بن محمد . التعريفات . ط دار السرور . بيروت « لغة »

الجمل : الشيخ سليمان الجمل . حاشية الجمل على شرح المنهج . ط دار الفكر . « فقه شافعي »

الحارثي : سعيد بن حمد بن سليمان الحارثي . نتائج الأقوال نثر مدارج الكمال . ط أولى ١٤١١ هـ ١٩٩١ م . مكتبة الضامري بسلطنة عمان « فقه إباضي »

الحصكفي : علاء الدين محمد بن علي ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار

مطبوع بهامش حاشية رد المحتار (حاشية ابن عابدين) ط. العثمانية ، وطبعة الأميرية بولاق ط. ثالثة « فقه حنفى »

الحموى : أحمد بن محمد . ت ١٠٩٨ هـ . شرح الأشباه والنظائر « غمز عيون البصائر » ط. العامرة بالاستانة ١٢٩٠ هـ « فقه حنفى »

الخرشى: أبو عبد الله محمد الخرشى . شرح الخرشى على مختصر خليل . ط. دار صادر بيروت « فقه مالكى »

الخطيب : شمس الدين محمد بن أحمد الشربينى القاهرى . ت ٩٧٧ هـ . مغنى المحتاج على المنهاج للنووى . ط. دار الفكر . « فقه شافعى »

الخفيف : الشيخ على الخفيف أستاذ الشريعه الإسلامية بكلية الحقوق جامعة فؤاد الأول (جامعة القاهرة) فى :

١ — الحق والذمة وتأثير الموت فيها . ط. ١٣٦٤ هـ — ١٩٤٥ م .

٢ — أحكام المعاملات الشرعية . ط. السنة المحمدية ١٣٧٤ هـ — ١٩٥٤ م .

الدردير : أبو البركات سيد أحمد بن محمد . ت ١٢٠١ هـ فى :

١ — الشرح الكبير على مختصر خليل مطبوع مع حاشية الدسوقى . ط. دار إحياء الكتب العربية . عيسى البابى الحلبى « فقه مالكى »

٢ — الشرح الصغير مطبوع مع بلغة السالك . ط. دار الفكر « فقه مالكى »

الدسوقى: شمس الدين محمد بن عرفة . حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير السابق « فقه مالكى »

الرملى : محمد أبو العباس أحمد بن حمزة المشهور بالشافعى الصغير . نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج . ط. دار الفكر « فقه شافعى »

الرازي : محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي . مختار الصحاح .
ط. الأميرية بولاق . « لغة »

الزحيلي : أ . د / وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته . ط. ثانية .
دار الفكر « فقه مقارن »

الزيلعي : عثمان بن علي الزيلعي . ت ٧٤٣ هـ . شرح الكنز ط. أولى
بولاق ١٣١٥ هـ . « فقه حنفي »

السرخسي : محمد بن أحمد بن سهل . ت ٤٨٣ هـ . المبسوط . دار المعرفة
بيروت . « فقه حنفي »

السيوطي : جلال الدين عبد الرحمن . ت ٩١١ هـ . الأشباه والنظائر
في قواعد وفروع فقه الشافعية « فقه شافعي »

الشافعي : محمد بن إدريس . ت ٢٠٤ هـ . الأم . دار المعرفة . بيروت
« فقه شافعي »

الشبراملسي : أبو الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري .
ت ١٣٨٧ هـ . حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج للرملي ط . دار الفكر
« فقه شافعي »

الشماخي : عامر بن علي الشماخي . الإيضاح . ط وزارة التراث
القومي والثقافي بسلطنة عمان ١٤٠٤ هـ — ١٩٨٤ م « فقه إباضي »

الشوكاني : محمد بن علي الشوكاني ثم الصنعاني . ت ١٢٥٠ هـ . نيـل
الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار . دار إحياء
التراث العربي . بيروت . « حديث وشرحه »

الشيرازي : أبو إسحاق إبراهيم بن علي الفيروزابادي . المهذب ط .
دار الفكر . « فقه شافعي »

الصاوى : أحمد بن محمد . ت ١٢٤١ هـ . بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الإمام مالك . ط . دار الفكر « فقه مالكى »

العدوى : الشيخ على الصعيدى العدوى . حاشية على شرح الخرشى مطبوعة على الشرح المذكور . ط دار صادر بيروت « فقه مالكى »

الفيومى : أحمد بن على المقرى . ت ٧٧٠ هـ . المصباح المنير . ط دار المعارف « لغة »

القرطبى : أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى ، الجامع لأحكام القرآن « تفسير القرطبى » ط . دار الكتب العلمية . بيروت .

القرافى : شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أدريس الصنهاجى فى :

١ — الفروق وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الأسرار الفقهية للعلامة محمد على بن حسين مفتى المالكية . ط عالم الكتب ، وطبعة أخرى دار إحياء الكتب المصرية ١٣٤١ هـ . « فقه مالكى »

٢ — الذخيرة . ط كلية الشريعة جامعة الأزهر ١٣٨١هـ . « فقه مالكى »

الكاسانى : علاء الدين أبو بكر بن مسعود . ت ٥٨٧ هـ . بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع . دار الكتاب العربى بيروت « فقه حنفى »

الكندى : أبو بكر أحمد بن عبد الله بن موسى الكندى النزوى . المصنف ط . وزارة التراث القومى والثقافى سلطنة عمان ١٤٠٥هـ-١٩٨٤م « فقه إباضى »

المرداوى : علاء الدين أبو الحسن على بن سليمان المرداوى . الأنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف فى مذهب الإمام أحمد . صححه محمد حامد الفقى . ط دار إحياء التراث العربى بيروت « فقه حنبلى »

المطيعى : الشيخ محمد نجيب المطيعى . تكملة المجموع الثانية . ط دار الفكر « فقه شافعى »

المهدى : المهدى لدين الله أحمد بن يحى المرتضى . ت ٨٤٠ هـ . البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار . ط أولى . أنصار السنة المحمدية ١٣٦٧ هـ « فقه زيدى »

النجدى : عثمان أحمد النجدى . ت ١١٠٠ هـ . هداية الراغب لشرح عمدة الطالب دار البشير . جدة . « فقه حنبلى »

النووى : أبو زكريا محى الدين بن شرف النووى ت ٦٧٦ هـ . روضة الطالبين . ط المكتب الإسلامى « فقه شافعى »

أطفيش : محمد بن يوسف والمعروف عند الإباضية بالقطب . شرح النيل وشفاء العليل . وهو شرح لكتاب النيل للثمينى . نشر مكتبة الارشاد جدة . « فقه إباضى »

أنس الأصبحى : الإمام مالك بن أنس الأصبحى ت ١٧٩ هـ . المدونة الكبرى ط أولى . الخيرية بولاق « فقه مالكى »

دامار : عبد الله الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بدامار أفندى بمجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر وبهامشة الدر المستقى . ط دار إحياء التراث العربى . بيروت « فقه حنفى »

سماونة : محمود بن إسرائيل الشهير بقاضى سماونة الخيرية بولاق ١٣٠٠ هـ « فقه حنفى »

شلبى : ا . د / محمد مصطفى شلبى . المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى .

شوكت : ا . د / محمود شوكت العدوى . نظرية العقد . على الآلة الكاتبة الدراسات العليا بكلية الشريعة ١٩٧٦ م « فقه مقارن »

عليش : أبو عبد الله محمد أحمد عليش ت ١٢٩٩ هـ . فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب مالك « فتاوى الشيخ عليش » . ط مصطفى الحلبى ١٩٥٨ م « فقه مالكى »

عبد الرحمن : عبد الرحمن محمد محمد عبد القادر . نظرية الإسقاط في الشريعة الإسلامية . رسالة دكتوراة على الآلة الكاتبة ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م

علاء الدين : محمد علاء الدين أفندى بن الشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين . حاشية ابن عابدين على الدر المختار المعروفة « بقرة عيون الأخبار » دار إحياء التراث العربى . بيروت . « فقه حنفى »

عوض : محمود محمد عوض سلامة . انقضاء الالتزام دون وفاء بالإبراء واستحالة التنفيذ بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى رسالة ماجستير على الآلة الكاتبة ، مكتبة كلية الشريعة بالقاهرة تحت رقم/٤٨٠

مدكور : ا . د / محمد سلام مدكور . المدخل فى الفقه الإسلامى . ط رابعة ١٣٨٩ هـ دار النهضة .

نظام : مولانا الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام . الفتاوى الهندية ومعها الفتاوى الخانية . وفتاوى قاضيخان . ط دار المعرفة للطباعة بيروت . « فقه حنفى »

تم بحمد الله و توفيقه

فهرست الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

رقم الإيداع بدار الكتب
١٩٩٦/٨٥٣٧ م
I. S. B. N. - 977 -19 - 1313 - I
١٧ من ربيع الأول ١٤١٧ هـ — ١ من أغسطس ١٩٩٦ م